

**Der Einfluß des § 1931 IV BGB
auf das Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten
bei der Zugewinnngemeinschaft**

**Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
des Fachbereichs
Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität
Mainz**

vorgelegt von

Peter Görg

in Nauort

1986



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Der Einfluß des § 1931 IV BGB
auf das Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten
bei der Zugewinnngemeinschaft

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
des Fachbereichs
Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität
Mainz

vorgelegt von

Peter Görg

in Nauort

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Manfred Harder
Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Klaus Müller
Tag der mündlichen Prüfung: 26.6.1986

<u>Gliederung</u>	Seite
I. Einführung in die Problematik	1
Fallgruppen	
1. Die Beteiligung bei der gesetzlichen Erbfolge	2
a) Zugewinnngemeinschaft	2
b) Gütertrennung	3
2. Erbteil und Pflichtteilsrestanspruch nach § 2305	4
a) Zugewinnngemeinschaft	4
b) Gütertrennung	4
3. Die Pflichtteile bei der Enterbung	4
a) Zugewinnngemeinschaft	4
b) Gütertrennung	4
4. Die Pflichtteile bei der Ausschlagung	5
a) Ausschlagung der gesetzlichen Erbfolge	5
aa) Zugewinnngemeinschaft	5
bb) Gütertrennung	5
b) Ausschlagung eines zugewandten Erbteils (§ 2305)	6
aa) Zugewinnngemeinschaft	6
bb) Gütertrennung	6
c) Ausschlagung bei Beschränkungen und Beschwerden (§ 2306)	6
aa) Zugewinnngemeinschaft	6
bb) Gütertrennung	7
5. Ergebnis	7
a) Kritische Stimmen im Schrifttum	8
b) Ziel der Arbeit	9
II. Untersuchung der Ergebnisse auf Wertungs- widersprüche	10
1. Die Motive der Güterstände	11

a) Gegenüberstellung von Gütertrennung und Zugewinnsgemeinschaft	12
aa) Gemeinsames Grundprinzip: Gütertrennung	12
bb) Einschränkungen dieses Grundprinzips	13
cc) Der Güterstand der Gütertrennung	15
dd) Der Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft	17
b) Wertung und Ergebnis	19
2. Wertungswidersprüche bei gesetzlicher Erbfolge, Enterbung und Ausschlagung	20
a) Wertungswiderspruch bei gesetzlicher Erbfolge	22
aa) Die Erbquoten	22
bb) Wertung und Ergebnis	23
b) Wertungswiderspruch bei Enterbung	25
aa) Verschiedene Motivationen bei der Enterbung	26
bb) Die Quoten bei der Enterbung	26
cc) Wertung und Ergebnis	27
(1) Enterbung und hohe Zugewinnsausgleichsforderung	28
(2) Enterbung und fehlender Zugewinn	29
(3) Enterbung und Zugewinnausgleichspflicht des überlebenden Zugewinnsgemeinschafts-ehegatten	37
c) Wertungswiderspruch bei der Ausschlagung	39
aa) Ausschlagung der gesetzlichen Erbfolge	40
bb) Ausschlagung einer testamentarischen Zuwendung	41

(1) Der zugewandte Erbteil ist kleiner als der Pflichtteil	41
(2) Der zugewandte Erbteil ist größer als der Pflichtteil	45
(3) Der zugewandte Erbteil ist größer als der Pflichtteil, aber beschränkt und be- schwert	46
3. Zusammenfassung	50
III. Ein Wahlrecht als Lösungsmöglichkeit	52
1. Überwindung des Wertungswiderspruches	52
2. Die Wahltheorie	53
a) Kein Wahlrecht aus dem Wortlaut	56
b) Materielle Erwägungen gegen das Wahlrecht	57
aa) Erb- oder güterrechtliche Deutung des § 1371 I	57
bb) Wahlrecht und Testierfreiheit	59
cc) Bestimmung der Erb- und Pflicht- teilsquoten durch den Zugewinn- gemeinschaftsehegatten	62
dd) Eigentümliche Ergebnisse bei der Ablehnung des Wahlrechts	63
c) Formelle Erwägungen gegen das Wahl- recht	64
d) Ergebnis	65
3. Das neue Wahlrecht	66
a) Erb- und Pflichtteilsquoten beim Wahlrecht	68
b) Der Ehegatte und ein Kind als Hin- terbliebene	73
aa) Bestimmung der eigenen Erb- und Pflichtteilsquoten durch den Zu- gewinngemeinschaftsehegatten	74

(1) Verhältnis von Erb- und Pflichtteilsquote	74
(2) Mehrfache Bedeutung der Pflichtteilsquote von 1/4	76
(3) Einschränkung der Testier- freiheit	78
(a) Erbrechtliches Grund- prinzip: Testierfreiheit	79
(b) Wahlrecht und Testier- freiheit	80
(c) Wandel der dem Erbrecht zugrunde liegenden Wirk- lichkeit	85
(aa) Wandel von der Groß- zur Kleinfamilie	85
(bb) Funktionsänderung des Erbrechts	87
(d) Ergebnis	90
(4) Pflichtteilsrechtlicher Grund- satz der Unabänderlichkeit der Pflichtteilsquoten	91
bb) Bestimmung der Erb- und Pflicht- teilsquote des Kindes durch den Zugewinnngemeinschaftsehegatten	93
(1) Anpassung der Kindesquoten	93
(2) Nachlaßbeteiligung des Kindes mit geringer werdender Recht- fertigung	95
cc) Bewertung des Wahlrechts	98
c) Der Ehegatte und zwei Kinder als Hin- terbliebene	101
aa) Bestimmung der eigenen Erb- und Pflichtteilsquoten durch den Zu- gewinnngemeinschaftsehegatten	102
bb) Bestimmung der Erb- und Pflicht- teilsquote der Kinder durch den Zugewinnngemeinschaftsehegatten	106

(1) Enterbung von Ehegatte und Kindern	106
(2) Ausschließliche Enterbung des Ehegatten	107
(3) Enterbung des Ehegatten und eines Kindes	108
(4) Ergebnis	110
d) Der Erblasser hinterläßt neben dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten keine Kinder oder mehr als zwei Kinder	112
e) Das eingeschränkte Wahlrecht bei der Ausschlagung	113
f) Das eingeschränkte Wahlrecht bei der Anrechnung auf den Pflichtteil (§ 2315 BGB) und bei der Ergänzung des Pflichtteils (§ 2325 BGB)	115
g) Technische Ausgestaltung des Wahlrechts	115
aa) Rechtsnatur des eingeschränkten Wahlrechts	117
bb) Rechtswirkungen der Ausübung der Wahl	124
cc) Erklärungsform des eingeschränkten Wahlrechts	125
dd) Erklärungsgegner beim eingeschränkten Wahlrecht	130
ee) Fristbestimmung beim eingeschränkten Wahlrecht	132
ff) Bewertung	140

Literaturverzeichnis

- Bärmann, Johannes: Das neue Ehegüterrecht, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 157 (1958, 1959) 145 ff.
zit. Bärmann, AcP
- Bärmann, Johannes: Kritik am neuen Ehegüterrecht, Juristenzeitung (JZ) 1958, 225 ff.
zit.: Bärmann, JZ
- Beitzke, Günther: Familienrecht, 22. Aufl. 1981
zit. Beitzke, FamR
- BGB-RGRK: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar hrsg. von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes
II. Band, 1. Teil, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241 - 432, 12. Aufl. 1976
Hrsg. BGB-RGRK-Bearbeiter
- Boehmer, Gustav: Zur Auslegung des § 1371 I - III n. F. BGB
Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1958, 524 ff.
zit. Boehmer, NJW
- Bohnen, Hilger: Auswirkungen des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft auf Pflichtteilsrechte und auf pflichtteilsrechtliche Verfügungen von Todes wegen, Dissertation Marburg 1969
zit. Bohnen, Diss.
- Bosch, Friedrich Wilhelm: Das neue Recht des nichtehelichen Kindes in Deutschland; Ein Vergleich mit schweizerischem Recht und schweizerischen Reformbestrebungen, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1970, 157 ff.
zit. Bosch, FamRZ
- Bosch, Friedrich Wilhelm: Einführung in das neue "Nichtehelichenrecht", Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1969, 550 ff.
zit. Bosch, FamRZ
- Bosch, Friedrich Wilhelm: Erbrechtliche Probleme des "Nichtehelichengesetzes", Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1972, 169 ff.
zit. Bosch, FamRZ

- Bosch, Friedrich Wilhelm: Zur Neuordnung des ehelichen Güterrechts, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ), 1954, 149 ff.
zit. Bosch, FamRZ
- Braga, Sevdol: Das Ehegattenerbrecht nach § 1931 IV BGB, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1972, 105 ff.
zit. Braga, FamRZ
- Braga, Sevdol: Das ehегüterrechtliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1957, 334 ff.
zit. Braga, FamRZ
- Bühler, Martin: Zur Reform des gesetzlichen Erbrechts des Ehegatten neben Abkömmlingen, Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ) 1975, 5 ff.
zit. Bühler, DNotZ
- Coing, Helmut: Empfiehlt es sich, das gesetzliche Erbrecht und Pflichtteilsrecht neu zu regeln?, Verhandlungen des neunundvierzigsten Deutschen Juristentages 1972, Herausgegeben von der ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Band I (Gutachten) Teil A, A 12 ff.
zit. Coing
- Dieckmann, Albrecht: Empfiehlt es sich, das gesetzliche Erbrecht und Pflichtteilsrecht neu zu regeln?, Verhandlungen des neunundvierzigsten Deutschen Juristentages 1972, Herausgegeben von der ständigen Deputation des Deutschen Juristentages Band II (Gutachten) Teil K, K 6 ff.
zit. Dieckmann
- Dieckmann, Albrecht: Erbrechtliche Fragen familienrechtlicher Reformgesetze im Spiegel neuerer Lehrbücher, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1979, 389 ff.
zit. Dieckmann, FamRZ
- Dittmann, O.: Die Pflichtteilsrechte bei der Zugewinnsgemeinschaft, Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ) 1962, 173 ff.
zit. Dittmann, DNotZ
- Dölle, Hans: Familienrecht, Band I, 1964
zit. Dölle, FamR

- Dörner, Heinrich: Industrialisierung und Familienrecht, Die Auswirkungen des sozialen Wandels, dargestellt an den Familienmodellen des ALR, BGB und des franz. Code Civil, 1974
zit. Dörner
- Dumoulin, Franz Josef: Gesetzliches Erbrecht und Pflichtteilsrecht - Änderungsvorschläge aus der Sicht eines Notars - Sonderheft der Deutschen Notar-Zeitschrift (DNotZ) vom neunzehnten Deutschen Notartag 1973, 84 ff.
zit. Dumoulin
- Erler, Joachim: Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers und Schuld mit Ersetzungsbefugnis des Gläubigers, Dissertation Mainz 1964
zit. Erler
- Erman, H.: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von H. P. Westermann und K. Küchenhoff, 2. Band, 7. Aufl. 1981
zit. Erman-Bearbeiter
- Finke: Das künftige eheliche Güterrecht, Der Betriebsberater (BB) 1956, 1077 ff.
zit. Finke, BB
- Firsching, Karl: Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19.8.1969, Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ) 1970, 519 ff.
zit. Firsching, DNotZ
- Gernhuber, Joachim: Lehrbuch des Familienrechts, 3. Aufl. 1980
zit. Gernhuber, FamR
- Gernhuber, Joachim: Neues Familienrecht, Eine Abhandlung zum Stil des jüngeren Familienrechts, 1977
zit. Gernhuber, Neues Familienrecht
- Gernhuber, Joachim: Testierfreiheit, Sittenordnung und Familie, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1970, 326 ff.
zit. Gernhuber, FamRZ
- Haegele, Karl: Zum gesetzlichen Erbrecht nach Gütertrennung, Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg (BWNotZ) 1972, 130 ff.
zit. Haegele, BWNotZ

- Haegele, Karl: Zur Weiterentwicklung der Güterstände der Zugewinnngemeinschaft und der Gütertrennung mit Ausblick auf eine künftige Erbrechtsgestaltung, Der Rechtspfleger (RPfl) 1976, 274 ff.
zit. Haegele, RPfl
- Hampel, Herbert: Zur Pflichtteilsregelung bei der Beendigung der Zugewinnngemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1958, 162 ff.
zit. Hampel, FamRZ
- Harder, Manfred: Grundzüge des Erbrechts, 2. Aufl. 1983
zit. Harder, ErbR
- Hartmann, Ernst: Die Auswirkungen des § 1371 Absatz 1 - 3 BCB auf das Erb- und Pflichtteilsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Dissertation, Mainz 1972
- Henrich, Dieter: Familienrecht, 3. Aufl. 1980
zit. Henrich, FamR
- Johannsen, Kurt: Erbrechtliche Auswirkungen des § 1371 I - III BGB, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1961, 17 ff.
zit. Johannsen, FamRZ
- John, Uwe: Grundzüge des Erbrechts, 1981
zit. John, ErbR
- John, Uwe: Grundzüge des Familienrechts, München 1980
zit. John, FamR
- John, Uwe: Probleme des Erbrechts im Spiegel zweier neuer Großkommentierungen, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1983, 1090 ff.
zit. John, FamRZ
- Jung, Eberhard: Reformbestrebungen im Erbrecht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1976, 134 ff.
zit. Jung, FamRZ
- Kipp, Theodor - Coing, Helmut: Erbrecht, 13. Aufl. 1978
zit. Kipp-Coing, ErbR

- Knur, Alexander: Diskussionsbeitrag zu dem Vortrag von Franz Josef Dumoulin: Gesetzliches Erbrecht und Pflichtteilsrecht - Änderungsvorschläge aus der Sicht eines Notars - Sonderheft der Deutschen Notar-Zeitschrift (DNotZ) vom neunzehnten Deutschen Notartag, 1973, 108 ff.
- Knur, Alexander: Familienrechtliche und erbrechtliche Probleme des Gesetzes über die Stellung der nichtehelichen Kinder, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1970, 269 ff.
zit. Knur, FamRZ
- Knur, Alexander: Probleme der Zugewinnngemeinschaft, Veröffentlichungen der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen
zit. Knur, Probleme
- Krauss, Günther: Verteidigung der Gütergemeinschaft, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1954, 89 ff.
zit. Krauss, FamRZ
- Lange, Heinrich: Der Bundesgerichtshof und die erb- und güterrechtliche Lösung des § 1371 BGB, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1965, 369 ff.
zit. Lange, NJW
- Lange, Heinrich: Die Stellung des überlebenden Ehegatten bei der Zugewinnngemeinschaft, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1957, 1381 ff.
zit. Lange, NJW
- Lange, Heinrich: Erbrecht, 1962
- Lange, Heinrich - Kuchinke, Kurt: Erbrecht, 2. Aufl. 1978
zit. Lange-Kuchinke
- Lange, Heinrich: Nochmals: Zum Ausgleich des Zugewinns beim Tode eines Ehegatten, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1958, 288 ff.
zit. Lange, NJW
- Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 1982
zit. Larenz, SchR

Leipold, Dieter: Grundzüge des Erbrechts mit Fällen und Kontrollfragen, 3. Aufl. Tübingen 1979
zit. Leipold, ErbR

Leipold, Dieter: Wandlungen in den Grundlagen des Erbrechts, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 180, 1980, 160 ff.
zit. Leipold, AcP

Lutter, Marcus: Das Erbrecht des nichtehelichen Kindes, 1971
zit. Lutter

Massfeller: Das Güterrecht des Gleichberechtigungsgesetzes, Teil II: Die Zugewinnngemeinschaft, Der Betrieb (DB) 1957, 525 ff.
zit. Massfeller, DB

Materialien zum BGB: Mugdan: Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, V. Band, Erbrecht, 1899

Materialien zum BGB: Verhandlungen des Deutschen Bundestages, I. Wahlperiode 1949, Entwurf eines Gesetzes über die Gleichbehandlung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts und über die Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete des Familienrechts (Familienrechtsgesetz), Drucksache Nr. 3802, 1952

Materialien zum BGB: Verhandlungen des Deutschen Bundestages, II. Wahlperiode 1952, Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht (16. Ausschuß) über den Entwurf eines Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts und über die Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete des Familienrechts, zu Drucksache II, 3409, 1957

Materialien zum BGB: Verhandlungen des Deutschen Bundestages, V. Wahlperiode, Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses (12. Ausschuß) über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes über die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder - Drucksache V/2370 - und über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Gesetz über die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder (ausgenommen Art. 2) - Drucksache V/3719, zu Drucksache V/4179, 1969

Michaelis, Ulrich: Die Güterstände in der Praxis, Dissertation Hamburg 1968.

Müller-Freienfels, Wolfram: Kernfragen des Gleichberechtigungsgesetzes, Juristenzeitung (JZ) 1957, 685 ff.
zit. Müller-Freienfels, JZ

Münchener-Kommentar: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von K. Rebmann und F. J. Sacker, Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241 - 432) 1979
zit. MüKo-Bearbeiter

Münchener Kommentar: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von K. Rebmann und F. J. Sacker, Band 5, Familienrecht (§§ 1297 - 1921) 1978
zit. MüKo-Bearbeiter

Münchener Kommentar: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von K. Rebmann und F. J. Sacker, Band 6, Erbrecht (§§ 1922 - 2385) 1982
zit. MüKo-Bearbeiter

Niederländer, Hubert: Die Pflichtteilsregelung in § 1371 n.F. BGB, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1960, 1737 ff.
zit. Niederländer, NJW

Odersky, Felix: Nichtehelichen-Gesetz, Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder (NeG), Kommentar 4. Aufl. 1978
zit. Odersky

Oeter, Ferdinand: Wandlungen der Familie, Familie im Umbruch, 1960
zit. Oeter

Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'sche Kurzkommentare, 43. Aufl. 1984
zit. Palandt-Bearbeiter

Papantoniou, Nik.: Die soziale Funktion des Erbrechts, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 173, 1973, 385 ff.
zit. Papantoniou, AcP

- Reichert-Facilides, Fritz: Empfiehlt es sich, das gesetzliche Erbrecht und Pflichtteilsrecht neu zu regeln?, Verhandlungen des neunundvierzigsten Deutschen Juristentages 1972, herausgegeben von der ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Band I, Teil A, Anhang I Rechtsvergleichender Überblick, A 57 ff.
zit. Reichert-Facilides
- Reinicke, Dietrich: Zum Ausgleich des Zugewinns beim Tode eines Ehegatten, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1958, 121 ff.
zit. Reinicke, NJW
- Reinicke, Dietrich: Zur Auslegung des § 1371 BGB, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1958, 932 ff.
zit. Reinicke, NJW
- Reinicke, Dietrich: Zur Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, Betriebsberater (BB) 1958, 575 ff.
zit. Reinicke, BB
- Rittner, Fritz: Zur Auslegung des § 1371 II BGB n. F., Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ) 1958, 181 ff.
zit. Rittner, DNotZ
- Schwab, Dieter: Ehegattenpflichtteil und Zugewinnausgleich, Juristische Schulung (JuS) 1965, 432
zit. Schwab, JuS
- Schwab, Dieter, Familienrecht, 1980
zit. Schwab, FamR
- Schwarz, Hans-Sieghart: Eheliches Güterrecht und Erbrecht in Dittmarschen bis 1559, Dissertation Kiel 1971
- Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 6, Familienrecht (§§ 1297 - 1921), 11. Aufl. 1981
zit. Soergel-Bearbeiter
- Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 7, Erbrecht (§§ 1922 - 2385) 11. Aufl. 1982
zit. Soergel-Bearbeiter

- von Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit
Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch,
Recht der Schuldverhältnisse (§§ 255 - 327), 12.
Aufl. 1979
zit. Staudinger-Bearbeiter
- von Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit
Einführungsgesetz und Nebengesetzen, IV. Band,
Familienrecht, Teil 2 (§§ 1363 - 1588) 10./11.
Aufl. 1970
zit. Staudinger-Bearbeiter
- von Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit
Einführungsgesetz und Nebengesetzen, IV. Band,
Familienrecht, Teil 2 (§§ 1363 - 1588), 12. Aufl.
1979
zit. Staudinger-Bearbeiter
- von Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit
Einführungsgesetz und Nebengesetzen, V. Band,
Erbrecht, 2. Teil (§§ 2197 - 2385), 10./11. Aufl.
1960
zit. Staudinger-Bearbeiter
- von Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit
Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Fünftes Buch,
Erbrecht (§§ 2229 - 2264; Beurkundungsgesetz;
§§ 2265 - 2385), 12. Aufl. 1983
zit. Staudinger-Bearbeiter
- Steffen, Erich: Empfiehlt es sich, das gesetzliche Erb-
und Pflichtteilsrecht neu zu regeln?, Deutsche
Richterzeitung (DRiZ) 1972, 263 ff.
zit. Steffen, DRiZ
- Stöcker, Hans: Der Ausbau des Ehegattenerbrechts, Zeit-
schrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)
1970, 444
zit. Stöcker, FamRZ
- Stöcker, Hans: Die Neuordnung der gesetzlichen Erbfolge
im Spiegel des mutmaßlichen Erblasserwillens,
Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)
1971, 609 ff.
zit. Stöcker, FamRZ
- Stöcker, Hans: Grenzen der Erbrechtsreform, Wertpapier-
Mitteilungen (WM) 1970, 774 ff.
zit. Stöcker, WM

- Stöcker, Hans: Über Hans-Georg Mertens: Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1971, 207 ff.
zit. Stöcker, FamRZ
- Stöcker, Hans: Zur Kritik des Familienvermögensrechtes, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1972, 533 ff.
zit. Stöcker, NJW
- Sturm, Fritz: Die Pflichtteilsregelung und § 1371 BGB n. F. Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1961, 1435 ff.
zit. Sturm, NJW
- Thiele, Wolfgang: Die Nahtstellen von Erbrecht und Güterrecht in der Zugewinnngemeinschaft, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1958, 393 ff.
zit. Thiele, FamRZ
- Thierfelder, Hans: Die wesentlichen Bedenken gegen den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1959, 389 ff.
zit. Thierfelder, FamRZ
- Tiedau, Erwin: Zur Bedeutung des Inkrafttretens des neuen ehelichen Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft am 1. Juli 1958, insbesondere für die anwaltliche und notarielle Praxis, Monatszeitschrift für Deutsches Recht (MDR) 1958, 377 ff.
zit. Tiedau, MDR
- Ulmer, Kurt: Die Stellung des erstverstorbenen Ehegatten bei der Zugewinnngemeinschaft, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1958, 170 ff.
zit. Ulmer, NJW
- Ulmer, Kurt: Verbietaet das Wesen der Ehe den güterrechtlichen Zugewinnausgleich beim Tode des Ausgleichsberechtigten, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1958, 251 f.
zit. Ulmer, FamRZ
- Wahl, Eduard: Die Erhöhung des Ehegattenerbrechts um ein Viertel als Zugewinnausgleich bei Auflösung der Ehe durch den Tod, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1956, 133 ff.
zit. Wahl, FamRZ
- Ziegler, Karl-Heinz: Die Wertlosigkeit der allgemeinen Regeln des BGB über die sogenannte Wahlschuld §§ 262 - 265 BGB, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 171 (1971) 193 ff.
zit. Ziegler

I. Einführung in die Problematik

Das heutige Ehegüterrecht kennt zwei Güterstände¹⁾, bei denen im Grundsatz keine Vermögensgemeinschaft zu Lebzeiten besteht, nämlich den Wahlgüterstand der Gütertrennung und den gesetzlichen Güterstand der Gütertrennung, verbunden mit einer schuldrechtlichen oder erbrechtlichen Erwerbsbeteiligung bei dem Ende der Ehe²⁾³⁾.

Der Unterschied zwischen diesen beiden Güterständen ist der, daß die Zugewinnsgemeinschaft eine Kombination aus Gütertrennung und Zugewinnausgleich ist.

Daher sollte man annehmen, bei der Zugewinnsgemeinschaft stehe sich der Ehegatte⁴⁾, solange er nicht selbst ausgleichspflichtig ist, im Falle der Beendigung des Güterstandes ebenso gut wie oder besser als im Falle der Gütertrennung.

Dies ist bei der Beendigung unter Lebenden in der Tat so;

-
- 1) Das BGB unterscheidet im groben folgende Güterstände: die Wahlgüterstände der Gütertrennung (§ 1414 BGB) und der Gütergemeinschaft (§ 1415 ff. BGB) und den gesetzlichen Güterstand (§ 1363 ff. BGB).
 - 2) Zur Geschichte des gesetzlichen Güterstandes: Dölle FamR S. 736 ff.; Palandt-Diederichsen, Einführung vor § 1363 BGB mit weiteren Literaturangaben.
 - 3) Im folgenden wird für den gesetzlichen Güterstand der Topos Zugewinnsgemeinschaft verwandt. Dieses Schlagwort gibt zwar die Realität nicht exakt wieder, hat sich aber in der Rechtsprechung und in der Literatur eingebürgert. Vgl. dazu auch Gernhuber FamR S. 455: der Begriff der Zugewinnsgemeinschaft erweist sich als partiell mißverständliche Wiedergabe seines Inhaltes.
 - 4) Die exakte Bezeichnung lautet: der überlebende Ehegatte im Güterstand der Gütertrennung mit Zugewinnausgleich. Im folgenden wird er als Zugewinnsgemeinschafts-ehegatte, der überlebende Ehegatte aus einer Gütertrennungsehe als Gütertrennungsehegatte bezeichnet.

denn hier ist ein Unterschied zwischen den beiden Güterständen nur insoweit vorhanden, als eine Ausgleichsforderung besteht bzw. nicht besteht. Allein die Zugewinnsgemeinschaft gewährt einen eventuellen Zugewinnausgleichsanspruch.

Die folgenden Beispiele¹⁾ werden aber zeigen, daß diese obige Annahme bei der Beendigung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten nicht uneingeschränkt bestätigt wird. Vielmehr gewährt das zusätzliche Element des Zugewinnausgleichs dem Zugewinnsgemeinschaftsehegatten oftmals überhaupt keine höhere Beteiligung als dem Gütertrennungsehegatten und kommt somit nicht zum Tragen.

Failgruppen

1. Die Beteiligung bei der gesetzlichen Erbfolge

a) Zugewinnsgemeinschaft

Frau F lebt mit Mann M in Zugewinnsgemeinschaft. Sie haben ein gemeinsames Kind A (Kinder A und B). Als M stirbt²⁾, beträgt die Summe des Nachlasses 10.000 DM. Weder Schulden noch Zugewinn sind vorhanden. Nach der gesetzlichen Erbfolge erhält F nach §§ 1931 I, III, 1371 I³⁾ als Erbin die Hälfte des Nachlasses, nämlich 5.000 DM⁴⁾. A erhält nach §§ 1931 I, 1924 als Erbe ebenso 5.000 DM (A und B erhalten je 2.500 DM)⁵⁾. Es wird eine Erbengemeinschaft gebildet.

1) Auf diese Beispiele wird immer wieder Bezug genommen.

2) Die Annahme, daß M zuerst stirbt, wird zwar von der Statistik belegt, erfolgt hier aber willkürlich. Die Ergebnisse gelten entsprechend, wenn F zuerst verstirbt.

3) §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des BGB.

4) Vgl. Tabelle I.

5) Vgl. Tabelle I, II.

b) Gütertrennung

Leben F und M in Gütertrennung, und gelten daneben die Voraussetzungen des Falles 1.a), so erhält die F bei einem Kind nach § 1931 IV als Erbin die Hälfte des Nachlasses, nämlich 5.000 DM, bei zwei Kindern 3.333,33 DM¹⁾. A erhält nach §§ 1931 I, 1924 5.000 DM (A und B erhalten je 3.333,33 DM)²⁾. Es wird eine Erbengemeinschaft gebildet.

Frage: Warum wird der Gütertrennungsehegatte beim Vorhandensein von einem Kind am Nachlaß gleich wie oder höher als der Zugewinnngemeinschaftsehegatte beteiligt, der noch durch den Anspruch nach § 1371 IV belastet sein kann?³⁾

Erst wenn mehr als ein Kind vorhanden ist, ist die Beteiligung des Zugewinnngemeinschaftsehegatten am Nachlaß grundsätzlich höher als die des Gütertrennungsehegatten.

Es ist festzustellen, daß beim Vorhandensein eines Kindes die Verwirklichung des Zugewinnausgleichs dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten gegenüber dem Gütertrennungsehegatten überhaupt keine Erhöhung bringt⁴⁾.

1) Vgl. Tabelle I.

2) Vgl. Tabelle I, II.

3) Vgl. Bosch, FamRZ 1969, 506 Fn 16 a; Bosch, FamRZ 1972, 172; Lutter, S. 60 Fn 105; Braga, FamRZ 1972, 108.

4) Vgl. John, ErbR Rdnr 226.

2. Erbteil und Pflichtteilsrestanspruch nach § 2305

a) Zugewinnngemeinschaft

Es gelten die Voraussetzungen des Falles 1.a) mit der Maßgabe, daß F 100 DM hinterlassen sind. Daneben hat F unabhängig von der Anzahl der Kinder einen Anspruch nach § 2305 in Höhe von 2.400 DM, so daß die Gesamtbeteiligung den materiellen Wert von 2.500 DM hat. Die Kinder erhalten den Rest.

b) Gütertrennung

Es gelten die Voraussetzungen des Falles 2.a). Neben dem Erbteil erhält F bei einem Kind nach §§ 1931 IV, 2305 2.400 DM, bei zwei Kindern 1.566,66 DM. Die Kinder teilen sich den Rest.

3. Die Pflichtteile bei der Enterbung

a) Zugewinnngemeinschaft

Es gelten die Voraussetzungen des Falles 1.a) mit der Maßgabe, daß F enterbt ist. F erhält unabhängig von der Anzahl der Kinder nach §§ 1931 I, 1971 II, 2303 I, II die Pflichtteilsquote von 1/8 oder 1.250 DM¹⁾. A erhält 8.750 DM (A und B je 4.375 DM) als Erbe.

b) Gütertrennung

Die Ehegatten haben Gütertrennung vereinbart; im übrigen gilt Fall 3.a). F erhält nach §§ 1931 IV, 2303 I, II neben

1) Dieses Ergebnis entspricht der heute ganz überwiegenden Meinung. Stellvertretend: BGHZ 42, 182 ff. mit zahlreichen Literaturhinweisen.

einem Kind die Pflichtteilsquote von $\frac{1}{4}$ der Erbschaft, nämlich 2.500 DM. A erhält den Rest als Erbe. Bei zwei Kindern erhält F $\frac{1}{6}$ der Erbschaft, nämlich 1.666,66 DM. Die Kinder A und B teilen sich den Rest.

Bei einem Vergleich der Ergebnisse fällt auf, daß es beim Vorhandensein von einem Kind zu einer Verdoppelung der Pflichtteilsquote des Gütertrennungsehegatten gegenüber dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten kommt¹⁾. Beim Vorhandensein von zwei Kindern steht der Gütertrennungsehegatte immer noch erheblich besser als der Zugewinnngemeinschaftsehegatte.

4. Die Pflichtteile bei der Ausschlagung

a) Ausschlagung der gesetzlichen Erbfolge

aa) Zugewinnngemeinschaft

Es gelten die Voraussetzungen des Falles 1.a) mit der Maßgabe, daß F ausschlägt. Trotz der Ausschlagung hat F gemäß § 1371 III immer noch den Anspruch nach der güterrechtlichen Lösung auf die Pflichtteilsquote von $\frac{1}{8}$ ^{2) 3)}. Das Kind oder die Kinder sind Vollerben.

bb) Gütertrennung

Hier bewirkt die Ausschlagung, daß die Erbschaft als nicht angefallen gilt (§ 1953). Die F hat keinerlei Ansprüche.

1) Vgl. Knur, FamRZ 1970, 276; Lange-Kuchinke, ErbR S. 598 f.; John, ErbR Rdnr. 240; Leopold, ErbR S. 65.

2) Vgl. John, ErbR Rdnr. 228 ff.; ein Wahlrecht, das nach Ausschlagung wieder den Weg zum großen Pflichtteil eröffnet, gibt es nicht; hierzu auch BGHZ 42, 182 ff.

3) Da es sich um die güterrechtliche Lösung handelt, hat F auch noch den Anspruch auf den Zugewinnausgleich. Dieser hat nach dem vorliegenden Fallbeispiel aber keine Bedeutung.

Sie besitzt auch keinen Pflichtteilsanspruch mehr, da sie nicht durch eine Verfügung von Todes wegen - wie § 2303 II Satz 1 es für das Bestehen von Pflichtteilsansprüchen voraussetzt - von der Erbfolge ausgeschlossen ist. Das Kind oder die Kinder sind Vollerben.

b) Ausschlagung eines zugewandten Erbteils (§ 2305)

aa) Zugewinnsgemeinschaft

Es gelten die Voraussetzungen des Falles 2.a) mit der Maßgabe, daß F den zugewandten Erbteil aus welchen Gründen auch immer ausschlägt. Die F erhält gemäß § 1371 III die Pflichtteilsquote von $1/8^{1)}$, die den Wert von 1.250 DM hat, mangels Zugewinn aber keinen Zugewinnausgleichsanspruch.

bb) Gütertrennung

Die Ehegatten haben Gütertrennung vereinbart; im übrigen gilt Fall 4.b)aa). Die F verliert den zugewandten Erbteil, erhält aber nach §§ 2305, 1931 IV den Pflichtteilsrestanspruch in Höhe von 2.400 DM²⁾ (bzw. 1.566,66 DM bei zwei Kindern).

Auch hier wird der Gütertrennungsehegatte höher am Nachlaß beteiligt als der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte.

c) Ausschlagung bei Beschränkungen und Beschwerden
(§ 2306)

aa) Zugewinnsgemeinschaft

Es gelten die Voraussetzungen des Falles 1.a) mit der Maß-

1) John, ErbR Rdnr. 228; Soergel-Dieckmann, § 2305 Rz. 2.

2) Vgl. RGZ 93, 9; BGH NJW 1958, 1966.

gabe, daß der F ein Erbteil von 3.000 DM zugewandt, aber mit Beschränkungen und Beschwerden nach § 2306 von 1.000 DM belastet wurde. Schlägt die F die Erbeinsetzung aus, so hat sie nur noch den kleinen Pflichtteilsanspruch von $1/8$ ¹⁾. Ein Zugewinn wurde nicht erzielt. F erhält 1.250 DM, wobei die Kinderzahl keine Rolle spielt.

bb) Gütertrennung

Schlägt die F den zugewandten Erbteil aus, so hat sie den Pflichtteilsanspruch von $1/4$ ²⁾. Sie erhält 2.500 DM bei einem Kind bzw. 1.666,66 DM bei zwei Kindern.

Frage: Kann es hingenommen werden, daß beim Vorhandensein von einem oder zwei Kindern - wie im vorliegenden Fall - die Nachlaßbeteiligung des Gütertrennungsehegatten höher als die des Zugewinnungsgemeinschaftsehegatten ist?

5. Ergebnis

Sehr oft wird der Zugewinnungsgemeinschaftsehegatte in den Fällen, in denen der Erblasser nur einen oder zwei Abkömmlinge hinterlassen hat, bei der Nachlaßverteilung ungünstiger dastehen als im Fall der Gütertrennung³⁾. Gewiß kann bei der Zugewinnungsgemeinschaft noch eine güterrechtliche Beteiligung, der Anspruch auf den Zugewinnausgleich, hinzukommen, aber doch keinesfalls immer, sondern

1) Hierzu Soergel-Dieckmann, § 2306 Rz. 8; Palandt-Edenhofer, § 2306, 4 a.

2) Siehe Fn. 1.

3) Im Ergebnis ebenso: Bosch, FamRZ 1972, 171; Braga, FamRZ 1972, 108; Gernhuber, FamR 528 f

nur dann, wenn der eventuelle Zugewinn des Verstorbenen höher war als der des Überlebenden.

a) Kritische Stimmen im Schrifttum

Diese oben dargestellten Ergebnisse - nach der gesetzlichen Regelung zwingend - haben in der Literatur erhebliches, teilweise unfassbares Erstaunen hervorgerufen und zu entsprechendem, leider aber nicht näher begründetem Widerspruch geführt.

So finden sich folgende Stellungnahmen:

"Diese Lösung¹⁾ kann nicht als sachgerecht, als bei Abwägung aller Umstände sachrichtig erachtet werden. Das Resultat bei vereinbarter Gütertrennung ist zwar unangreifbar, aber daß der Pflichtteil, besser gesagt die Gesamtbeteiligung des überlebenden Zugewinngemeinschaftsehegatten am Nachlaß des Erstverstorbenen, geringer sein soll als bei der Gütertrennung, kann nicht einem verständigen Gesamtplan eines Gesetzes entsprechen"²⁾.

"In manchen Fällen steht der Gütertrennungsehegatte groteskerweise besser als bei der Zugewinngemeinschaft"³⁾.

"Dieser Zustand läßt sich auf Dauer nicht aufrecht erhalten. Der Pflichtteil eines im gesetzlichen Güterstand lebenden Ehegatten darf nie unter dem Pflicht-

1) Gemeint sind die oben gefundenen Ergebnisse S. 2 ff.

2) Bosch, FamRZ 1972, 171; Haegeler, BWNotZ 1972, 134.

3) Braga, FamRZ 1972, 108.

teil eines Ehegatten liegen, der im vertraglichen Güterstand der Gütertrennung lebt"¹⁾.

"Diese zweifelhaften Ergebnisse werden zwar registriert, jedoch nicht beseitigt. Die Gegenwart hat gelernt, mit Widersprüchen zu leben"²⁾.

b) Ziel der Arbeit

An diesen schlagwortartigen Stellungnahmen läßt sich erkennen, daß in der derzeitigen gesetzlichen Regelung, die bei der Beendigung des Güterstandes den Gütertrennungsehegatten eventuell besser stellt als den Zugewinnungsgemeinschaftsehegatten, ein nicht hinnehmbarer Wertungswiderspruch gesehen wird, der einer Lösung dringend bedarf.

Bedauerlicherweise wird, wie oben bereits erwähnt, der angebliche Wertungswiderspruch nur - emotional - behauptet, aber nicht wirklich aufgedeckt. Es drängt sich daher die berechnete Frage auf, ob wirklich ein Wertungswiderspruch in allen denkbaren Fallkonstellationen vorliegt, also in allen Fällen, in denen der Gütertrennungsehegatte im Parallelfall höher am Nachlaß partizipiert als der Zugewinnungsgemeinschaftsehegatte.

Im folgenden wird demnach zunächst zu untersuchen sein, ob und wann ein Wertungswiderspruch vorliegt. Sollten Wertungswidersprüche existieren, stellt sich anschließend die Frage nach einer möglichen Lösung.

1) Firsching, DNotZ 1970, 524.

2) Gernhuber, FamR S. 529; hierzu auch Gernhuber, Neues Familienrecht, Fn. 218.

II. Untersuchung der Ergebnisse auf Wertungswidersprüche

Ein Wertungswiderspruch liegt vor, wenn man bei der Beendigung der Gütertrennung und der Zugewinnngemeinschaft durch den Tod eines Partners die bei den verschiedenen Fallkonstellationen vorkommenden Ergebnisse wertend zueinander ins Verhältnis setzt und dabei feststellt, daß die Ergebnisse nicht einem vernünftigen gesetzlichen Gesamtplan entsprechen können. Als Bewertungsfaktoren kommen die den beiden Güterständen zugrunde liegenden Motive und die Ausgestaltung dieser Motive bei der Beendigung der Ehe in Frage. Weiterhin ist die tatsächliche materielle Beteiligung am Nachlaß und die Art und Weise des Zustandekommens der Ergebnisse - also ob sie auf einem Verhalten des Erblassers oder des Ehegatten beruhen - von Bedeutung. Die Wertung hängt demnach von verschiedenen Faktoren ab.

Für die Feststellung eines Wertungswiderspruches wird es also nicht ausreichen, wenn der Zugewinnngemeinschaftsehegatte lediglich materiell schlechter am Nachlaß beteiligt ist als der Gütertrennungsehegatte im Parallelfall. Zusätzlich ist stets erforderlich, daß sich diese Ergebnisse weder von den Motiven noch von der Art und Weise des Zustandekommens her rechtfertigen.

Ein uneingeschränkter Wertungswiderspruch liegt dann vor, wenn der Zugewinnngemeinschaftsehegatte in keiner denkbaren Fallkonstellation¹⁾ geringer am Nachlaß beteiligt sein darf als der Gütertrennungsehegatte im Parallelfall²⁾. Hiermit ist die grobe Gliederung der folgenden Untersuchungen aufgezeigt.

1) So aber Firsching, DNotZ 1970, 524.

2) Anders wohl Knur, FamRZ 1970, 276, der nur den Fall der Enterbung aufgreift.

1. Die Motive der Güterstände¹⁾

Die gemeinsamen Wurzeln des ehelichen Güterrechts und des Ehegattenerbrechts sind die wirtschaftliche Situation, die Rollenverteilung und das Eheverständnis²⁾.

Zum ehelichen Güterrecht gehören demnach auch die Normen, deren Aufgabe es ist, das Verhältnis zu regeln, in welchem das Vermögen des Mannes und der Frau während der Ehe und ihrer Zeit der Abwicklung zueinander stehen soll. Hierbei darf es sich nicht um die vermögensrechtlichen Beziehungen handeln, die das Gesetz den Wirkungen der Ehe im allgemeinen oder dem allgemeinen Ehegattenerbrecht zugewiesen hat³⁾. Das eheliche Güterrecht kann ohne Berücksichtigung des engen Zusammenhangs mit dem persönlichen Eherecht weder systematisch noch dogmatisch erfaßt und verstanden werden⁴⁾. Die Grundlage der persönlichen wie auch vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten zueinander ist das "Wesen der Ehe"⁵⁾. Das Güterrecht entscheidet also darüber, inwieweit sich die Ehe auch als Gemeinschaft des Vermögens verwirklicht⁶⁾.

1) Der Rahmen der vorliegenden Arbeit macht es erforderlich, bei den sich anschließenden Untersuchungen lediglich vom gesetzlichen Leitbild der verschiedenen Güterstände auszugehen. Es ist praktisch kaum möglich, alle denkbaren inhaltlichen Variationen der verschiedenen Güterstände zu beschreiben, zueinander ins Verhältnis zu setzen und zu werten. Es ist selbstverständlich, daß aus dem Umstand, daß die Gütertrennung gewählt wird, nicht auf eine weniger enge Bindung zwischen den Partnern geschlossen werden darf.

2) Leopold, AcP 180, 179.

3) Gernhuber, FamR S. 429; MüKo-Gernhuber, Einleitung zu §§ 1363 - 1563 Rz. 1.

4) Staudinger-Thiele, 12. Aufl. Vorbemerkung zu § 1371 Rz. 1.

5) Wie Fn. 4

6) Schwab, FamR S. 87.

a) Gegenüberstellung von Gütertrennung und Zugewinn-
gemeinschaft

aa) Gemeinsames Grundprinzip: Gütertrennung

Die Gütertrennung des geltenden Rechts ist reine Gütertrennung, mithin ein Güterstand, dessen einzige Aussage im Ausschluß güterrechtlicher Wirkungen überhaupt besteht¹⁾. Dieses Fehlen jeglicher gesetzlich normierter güterrechtlicher Beziehungen hat zur Folge, daß den Ehegatten ihre Vermögen getrennt und unabhängig zustehen²⁾. Gemeinsames Vermögen der Ehepartner wird nicht kraft Gesetzes, sondern mittels entsprechender rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen begründet.

Insoweit unterscheidet sich die Zugewinnsgemeinschaft nicht von der Gütertrennung. Auch die Zugewinnsgemeinschaft hat zum Bestandteil die Trennung des Mannes- und des Frauenvermögens. Die Zugewinnsgemeinschaft beschränkt aber zusätzlich - und das sind die entscheidenden Unterschiede zum Güterstand der Gütertrennung - die vermögensrechtliche Verfügungsbefugnis der Ehepartner zu Lebzeiten und gewährt bei der Beendigung des Güterstandes eine erbrechtliche oder eventuell eine schuldrechtliche Erwerbsbeteiligung³⁾.

Darüberhinaus gibt es keine gesetzlichen Vorschriften, die für den einen oder andern Güterstand die weiteren eherechtlichen Beziehungen regeln, also den Bereich, der - selbstverständlich - neben dem rein güterrechtlichen Bereich existiert. Dieser Bereich ist der Privatinitiative der Ehepartner überlassen.

1) Gernhuber, FamR S. 594.

2) Dazu Erman-Heckelmann, Vorbemerkung zu § 1414 Rz. 3.

3) Dölle, FamR S. 739; John, FamR Rdnr. 121: Zugewinnsgemeinschaft ist Gütertrennung mit Zugewinnausgleich.

bb) Einschränkungen dieses Grundprinzips

Eine mittelbare Einschränkung in vermögensrechtlicher Sicht erfahren beide Güterstände durch die bei ihnen geltenden allgemeinen Vorschriften über die Ehwirkungen. Aus diesen Vorschriften ergeben sich Rechtsfolgen für die beiderseitigen Vermögen¹⁾, denn bei beiden Güterständen sind die getrennten Vermögen die Grundlage der wirtschaftlichen Verpflichtungen der Ehegatten. Der eine bereits angesprochene Unterschied zwischen den beiden Güterständen besteht darin, daß die Zugewinnsgemeinschaft zusätzlich die absolute Dispositionsfreiheit des jeweiligen Eigentümers über sein Vermögen durch Verfügungsbeschränkungen einschränkt. Der Gesetzgeber ist zu diesen zusätzlichen gegenseitigen Verwaltungs- und Verfügungsbeschränkungen nach den §§ 1365 ff. motiviert worden, weil er der im Bürgerlichen Gesetzbuch herrschenden Tendenz zur Auflösung der ehelichen Gemeinschaft in individualrechtliche Beziehungen²⁾ entgegenwirken wollte. Es sind daher Regelungen in das Gesetz aufgenommen worden, die die Bindung der Ehegatten zueinander nicht nur im rein vermögensrechtlichen Bereich besonders betonen sollen. Da der vermögensrechtliche Bereich auf die übrigen eherechtlichen Beziehungen ausstrahlt, führen diese zu einer latenten Gemeinschaftlichkeit³⁾ und damit nicht nur zu einer engeren vermögensrechtlichen Verknüpfung der beiderseitigen Vermögen.

Letztendlich ist der gesetzgeberische Zweck dieser Verfügungsbeschränkungen, die die rechtliche Zuordnung der

1) Dazu Gernhuber, FamR S. 594 f.; MüKo-Kanzleiter, vor § 1414 Rz. 1.

2) Staudinger-Thiele, 12. Aufl. Vorbemerkung zu § 1371 Rz. 4.

3) John, FamR Rdnr. 121.

Vermögen zwar nicht berühren, aber die Trennung wer-
tungsmäßig aufweichen, der Schutz der Familiengemein-
schaft¹⁾.

Daß diese Schutzbestimmungen, die eine engere Bindung
begründen, bei der Gütertrennung nicht gelten, zeigt
also schon, daß die Zugewinnsgemeinschaft von ihrem
gesetzlichen Motiv her eine echte eheliche Gemeinschaft
eher verkörpert als die Gütertrennung, bei der gemäß
ihrem gesetzlichen Leitbild eine Negation aller güter-
rechtlichen Bindungen²⁾ gegeben ist.

Soweit daher lediglich von den gesetzlich normierten Leit-
bildern der Güterstände ausgegangen wird - und dies ist
eine Prämisse³⁾ - kann aus der Tatsache, daß die Ehe-
partner in der Zugewinnsgemeinschaft leben, durchaus auf
eine engere Bindung geschlossen werden. Hier ist zwar
zu beachten, daß sich diese engere Bindung vom Gesetz
her nur auf den vermögensrechtlichen Bereich beschränkt,
doch strahlt diese Bindung auch in die übrigen Bereiche
der Ehe hinein. Die vermögensrechtliche Seite kann kaum
von den übrigen ehelichen Beziehungen getrennt werden.
Die getroffenen Feststellungen sind unverfänglich, soweit
ausschließlich die Ergebnisse bei der Gütertrennung be-
trachtet werden, die auftreten können, wenn die Ehe
durch den Tod des Partners beendet wird und die im Ver-
gleich zur Zugewinnsgemeinschaft sich ergebenden Resul-
tate außer Betracht bleiben. Vergegenwärtigt man sich
aber einige Fallvarianten, bei denen der Güter-
trennungsehegatte trotz Fehlens fast jeglicher güter-

1) Dazu Mü-Ko-Gernhuber, § 1365 Rz. 1.

2) Gernhuber, FamR S. 595.

3) S. 11 Fn. 1.

rechtlicher Beziehungen bei der Beendigung der Ehe durch den Tod des Partners am Nachlaß höher beteiligt wird als der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte, so löst diese Tatsache zunächst doch eine gewisse Verwunderung aus. Es kann wohl schon hier festgehalten werden, daß die obigen Ausführungen eher die gegenteiligen Ergebnisse nahegelegt hätten. Der Ehepartner, der in der Ehe lebt, die - jedenfalls vom gesetzlichen Leitbild her - größere und engere Bindungen zwischen den Ehepartnern erzeugt, sollte bei der Beendigung der Ehe jedenfalls nicht geringer am Nachlaß beteiligt werden als der Ehepartner, der in einer Ehe lebte, die diese Bindungen von der gesetzlichen Regelung her nicht kennt.

cc) Der Güterstand der Gütertrennung

Aus dieser vollständigen Trennung der beiderseitigen Vermögenssphären bei der Gütertrennung resultieren für den einzelnen Ehepartner - mit aller Vorsicht gesagt in den überwiegenden Fällen wohl für die Frau - gleichermaßen Nachteile wie Vorteile.

Die Gütertrennung benachteiligt häufig den nicht berufstätigen Ehegatten, der durch seine Mithilfe und Mitarbeit den Ehepartner unterstützt¹⁾. Diese Bedenken werden aber von den Vorteilen einer reinen Gütertrennung überlagert. Denn es darf auch nicht übersehen werden, daß die Gütertrennung ein Wahlgüterstand ist und in aller Regel von den Ehepartnern gewählt wird, die unter Mißachtung der Nachteile besonders seine Vorteile schätzen. Diese liegen in der größeren rechtlichen Klarheit und Einfachheit²⁾. Ebenso können aber steuerrechtliche Er-

1) Beitzke, FamR S. 121.

2) MÜKo-Kanzleiter, vor § 1414 Rz. 6.

wägungen und die nicht zu übersehenden "Vorteile" im Falle einer Zwangsvollstreckung die Ehepartner veranlassen, den Güterstand der Gütertrennung zu wählen.

Soweit keine Vereinbarungen getroffen sind, nimmt der Gütertrennungsehegatte am Vermögenszuwachs, den der jeweils andere Ehepartner während der Ehe erzielt, nicht teil. Auch bei der Beendigung der Ehe findet ein tatsächlicher Ausgleich nicht statt¹⁾²⁾. Dieser Unterschied kann die Vereinbarung der Gütertrennung je nach den Lebensumständen der Ehegatten als ungerechtfertigte Benachteiligung eines Ehegatten und damit ungeeignet erscheinen lassen. Andererseits kann das aber gerade unter durchaus angemessener Berücksichtigung der Interessen beider Ehegatten den Ausschlag für die Gütertrennung geben³⁾. Bei der Gütertrennung spricht man daher zu Recht davon, daß im rein vermögensrechtlichen Bereich die Vermögen der Gütertrennungsehegatten sich grundsätzlich nicht von denen zwischen Fremden unterscheiden⁴⁾. Die Gütertrennung setzt also mangels gesetzlicher Regelung die Einsicht voraus, den Ausgleich beiderseitiger Zuwendungen und Leistungen durch Zusatzvereinbarungen zu regeln.

In diesem Zusammenhang überrascht daher die pauschale Erbrechtsverstärkung des § 1931 IV, die wegen der hohen Nachlaßbeteiligung eine wesentlich engere Bindung der Ehepartner suggeriert, als sie gemäß dem gesetzlichen Leitbild der Gütertrennung während der Ehe tatsächlich

1) Zum Problem des Ausgleichs der Ehegattenmitarbeit bei der Gütertrennungsehe vgl. John, FamR Rdnr. 167 ff.

2) Vgl. dazu Michaelis, Diss. S. 40; MüKo-Kanzleiter, vor § 1414 Rz. 5.

3) MüKo-Kanzleiter, vor § 1414 Rz. 5.

4) BayOLGZ 1960, 370.

besteht. Im Erbrecht werden Vorteile gewährt, die ausgehend vom Gedanken der Gütertrennung und der gesetzlichen Ausgestaltung nicht erwartet werden.

Die Gütertrennung bietet die Möglichkeit zur Verwirklichung einer im Vermögensbereich individualistischen Eheauffassung, und sie kann somit nach den Lebensumständen sogar die geeignete Basis für die eheliche Lebensgemeinschaft sein¹⁾.

Mit aller Vorsicht ist die Gütertrennung - sowohl nach der theoretischen Rechtfertigung als auch in der Praxis - der Güterstand des Bürgertums mit überdurchschnittlichem Vermögen oder Einkommen bei beiderseitiger Berufstätigkeit und individualistischer Eheauffassung, gepaart mit der Bereitschaft, fehlende gesetzliche Vereinbarungen gegebenenfalls durch private Zusatzvereinbarungen zu ersetzen. Letztlich ist daher aber auch die Feststellung berechtigt, die Gütertrennung von ihrem gesetzlichen Leitbild her als nicht hinreichend dem Wesen einer Ehe als typischer Gemeinschaft entsprechend anzusehen²⁾.

dd) Der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft

Im Gegensatz dazu ist die Zugewinnngemeinschaft - wiederum mit aller Vorsicht - der sachrichtige Güterstand für Ehegatten in einer Hausfrauenehe mit geringem Vermögen bei Beginn des Güterstandes, etwa gleichwertigem arbeitsteiligem Arbeitseinsatz während der Ehe und mit mäßig gemehrtem Vermögen an seinem Ende³⁾.

1) Dazu MüKo-Kanzleiter, vor § 1414 Rz. 3.

2) Vgl. hierzu Beitzke, FamR S. 85; Krauss, FamRZ 1954, 90; Bosch, FamRZ 1954, 154; hierzu auch Ulmer, FamRZ 1958, 252.

3) Gernhuber, FamR S. 457.

Die Zugewinnsgemeinschaft versucht, die für die Mehrzahl der Ehen unbestreitbaren Nachteile der reinen Gütertrennung durch Verfügungsbeschränkungen zu Lebzeiten und einen bei der Beendigung des gesetzlichen Güterstandes stattfindenden Ausgleich des Zugewinns zu vermeiden. Diese Regelung der Vermögensteilhabe in der Zugewinnsgemeinschaft beruht auf dem Gleichberechtigungsgedanken und dem Grundsatz der "umfassenden Lebens- und Schicksalsgemeinschaft der Ehegatten"¹⁾.

Hier liegt auch der wesentliche Unterschied zwischen beiden Güterständen; denn die Zugewinnsgemeinschaft ist von drei Prinzipien beherrscht: der Gütertrennung, den lebzeitigen Verfügungsbeschränkungen und dem Zugewinnausgleich bei der Beendigung der Ehe. Die Zugewinnsgemeinschaft regelt damit bereits kraft Gesetzes Bereiche, die die Gütertrennung der Privatinitiative der Ehepartner überläßt.

Es ist daher zutreffend, die Idee der Zugewinnsgemeinschaft in ihrer reinen Form als vom Gedanken des Zugewinnausgleichs konstituiert²⁾ zu bezeichnen. Das Prinzip der Gütertrennung wird aufgeweicht. Letzteres tritt daher hinter die Prinzipien der Verfügungsbeschränkung und der Erwerbsbeteiligung zurück.

Dieser Ausgleich bringt die Gleichberechtigung der Ehepartner zum Ausdruck.

Die Vermögensteilhabe rechtfertigt sich unmittelbar aus der engen Gemeinschaftsbindung der Ehegatten. Die gleich-

1) Staudinger-Thiele, 12. Aufl. Vorbemerkung zu § 1371 Rz. 6.

2) Gernhuber, FamR S. 455.

mäßige Beteiligung der Ehegatten an dem während der Ehe erworbenen Zugewinn darf daher nicht begriffen werden als Gewinnbeteiligung kraft arbeitsteiliger Erarbeitung des wirtschaftlichen Erfolges¹⁾. Es herrscht die Vorstellung, daß die Ehe eine Schicksalsgemeinschaft darstellt, in der die Ehepartner am ehelichen Gewinn in gleicher Weise teilhaben müssen, unabhängig davon, ob und inwieweit sie im einzelnen Fall zur Erzielung des Gewinns beigetragen haben²⁾.

Die wirtschaftlichen Grundlagen der Ehe werden durch Beschränkungen geschützt, welche den Ehepartnern namentlich bei der Verfügung über Vermögensgegenstände auferlegt werden und zugleich den Charakter der Ehe als einer Lebensgemeinschaft³⁾ in besonderer Weise betonen. Der Zugewinnsgemeinschaft liegt genossenschaftliches Gedankengut, nicht individualrechtliche Leistungsvergütung zugrunde.

b) Wertung und Ergebnis

Bei der Zugewinnsgemeinschaft sind die beiden Vermögensmassen durch Verfügungsbeschränkungen verknüpft. Dieser Aspekt und der Zugewinnausgleich als Ausdruck der engen Gemeinschaftsbindung und der umfassenden Lebens- und Schicksalsgemeinschaft der Ehegatten machen deutlich, daß die Zugewinnsgemeinschaft von ihrem gesetzlichen Leitbild her für die Mehrzahl der Ehen eher dem Wesen der Ehe entspricht. Daher wird die Gütertrennung zu Recht - jedenfalls in der Reinform - als nicht dem Wesen der Ehe ent-

1) Staudinger-Thiele, 12. Aufl. Vorbemerkung zu § 1371 Rz. 5.

2) Regierungsentwurf I, Begründung, Bundestagsdrucksache 3802 der 1. Wahlperiode; Dölle, FamR S. 739.

3) Dölle, FamR S. 739.

sprechend kritisiert. Daraus folgt aber auch, daß die Gütertrennung und die Zugewinnngemeinschaft bei gleichen Fallvoraussetzungen von den Motiven des Güterrechts her nicht gleich behandelt werden dürfen¹⁾.

Die Untersuchungen haben gezeigt, daß, soweit keine zusätzlichen Vereinbarungen getroffen sind, die Zugewinnngemeinschaft nicht nur vermögensrechtlich einer ehelichen Gemeinschaft eher entspricht als die vermögensrechtlich relativ beziehungslose Gütertrennung.

Auch wenn die gesetzlichen Regelungen unmittelbar nur die vermögensrechtliche Ebene betreffen, so darf aber nicht übersehen werden, daß diese auch in die übrigen Bereiche der Ehe ausstrahlen. Eine strikte Trennung in vermögensrechtliche und sonstige eherechtliche Bereiche ist nur schwerlich möglich.

Die Motive legen nahe, daß der Zugewinnngemeinschaftsehegatte bei der Beendigung der Ehe grundsätzlich nicht geringer am Nachlaß beteiligt werden soll als der Gütertrennungsehegatte.

2. Wertungswidersprüche bei gesetzlicher Erbfolge, Enterbung und Ausschlagung

Die Zugewinnngemeinschaft beruht von ihrem gesetzlichen Leitbild her im Gegensatz zur Gütertrennung besonders auf dem partnerschaftlichen Gedanken des Mit- und Füreinander und dem Grundsatz der umfassenden Lebensgemeinschaft der Ehepartner. Daher müßten sich diese Prinzipien eigentlich auch nach der Beendigung der Zugewinnngemeinschaft durch

1) Vgl. die Fälle I.1.- 4., S. 2 ff.

den Tod eines Partners gegenüber der Regelung bei der Gütertrennung verwirklichen und ihre Fortsetzung finden. Es wäre daher zu erwarten, daß in allen erbrechtlichen Situationen der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte im Vergleich zum Gütertrennungsehegatten zumindest nicht schlechter gestellt wird.

Die Aufgabe der sich anschließenden Untersuchung wird daher sein, festzustellen, ob die von den Motiven nahegelegten und erwarteten Ergebnisse bei der Beendigung der Ehe im Fall der gesetzlichen Erbfolge, Enterbung und der Ausschlagung tatsächlich eintreten.

Die Tatsache, daß der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte beim Erbfall eventuell materiell schlechter steht als der Gütertrennungsehegatte kann allein nicht genügen, die gesetzliche Regelung als wertungswidersprüchlich zu bezeichnen. Denn aus den oben bezeichneten Fallvarianten¹⁾ ist schon ersichtlich, daß die Geltung der güterrechtlichen Lösung auf zwei Tatbeständen beruhen kann, nämlich einmal der Enterbung durch den Erblasser und zum anderen auf der freien Entscheidung des Zugewinnsgemeinschaftsehegatten durch Ausschlagung der Erbschaft.

Es liegt daher nahe, daß es hier zu verschiedenen Ergebnissen kommt. Erst dann, wenn die tatsächliche geringere materielle Beteiligung des Zugewinnsgemeinschaftsehegatten gegenüber dem Gütertrennungsehegatten am Nachlaß auch wertungsmäßig nicht akzeptabel ist, ist eine Lösung notwendig.

1) Vgl. Beispielsfälle I.1. - 4., S. 2 ff.

a) Wertungswiderspruch bei gesetzlicher Erbfolge¹⁾

Die gesetzliche Erbfolge, die gegenüber der gewillkürten Erbfolge nur ergänzend eingreift, gilt unabhängig vom Güterstand immer dann, wenn beim Tod des Ehepartners keine letztwilligen Verfügungen des Erblassers vorliegen.

aa) Die Erbquoten

Nach der in der Zugewinnsgemeinschaft geltenden pauschalen erbrechtlichen Lösung erhält der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte statt der auf Geldzahlung gerichteten schuldrechtlichen Zugewinnausgleichsforderung unabhängig von der Anzahl der Kinder einen zusätzlichen Anteil am Nachlaß²⁾. In Höhe dieser Erbquote ist der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte Mitglied der Erbengemeinschaft³⁾.

Umso überraschender ist aber dann, daß der Gütertrennungsehegatte bei der gesetzlichen Erbfolge nach § 1931 IV ebenfalls die Hälfte des Nachlasses erhält, also so beteiligt wird, als ob er mit seinem verstorbenen Partner in der Zugewinnsgemeinschaft gelebt hätte⁴⁾. Diese Beteiligungsquote gilt nur beim Vorhandensein eines Kindes, während sich darüberhinaus die Erbquote des Gütertrennungsehegatten und damit auch seine erbrechtliche Beteiligung der Anzahl der Kinder anpaßt; erst beim Vorhandensein von mehr als zwei Kindern erhält er stets die Quote von $1/4$ ⁵⁾.

1) Fall I.1.a), b), S. 2 f.

2) Ausführlich hierzu Gernhuber, FamR S. 528 ff. mit umfangreichen Literaturhinweisen.

3) Vgl. zu den Quoten bei der gesetzlichen Erbfolge Tabelle I.

4) Fall I.1.a), S. 2.

5) Vgl. Tabelle I.

Die Beteiligungsquote des Gütertrennungsehegatten beim Vorhandensein eines Kindes entspricht der des Zugewinn-gemeinschaftsehegatten, obwohl die erbrechtliche Lösung in der Gütertrennung nicht zur Anwendung kommt.

bb) Wertung und Ergebnis

Es fragt sich, wie das zusätzliche Element des Zugewinn-ausgleichs als Charakteristikum der Zugewinn-gemeinschaft gegenüber dem Ergebnis der Gütertrennung in Erscheinung tritt. Die gemeinsamen Wurzeln des ehelichen Güterrechts und Ehegattenerbrechts sind die wirtschaftliche Situation, die Rollenverteilung und das Eheverständnis. Daher überraschen die hohen Beteiligungsquoten des Gütertrennungsehegatten, der neben einem Kind immerhin die Hälfte der Erbschaft erhält. Die typischerweise im Güterrecht der Gütertrennung angelegte Grundentscheidung über die vermögensrechtlichen Auswirkungen der Ehe läßt eher den Schluß zu, daß der Gütertrennungsehegatte bei der gesetzlichen Erbfolge nicht höher am Nachlaß beteiligt sein darf als der Zugewinn-gemeinschaftsehegatte. Entgegen den tatsächlichen Gegebenheiten hätte man erwartet, daß sich die Entscheidung der Ehegatten, zu Lebzeiten vermögensrechtlich keinerlei Bindung zu wünschen, auch im Erbrecht konsequent fortsetzt.

Durch § 1931 IV ist aber das Gegenteil eingetreten; die Gegensätze sind verwischt. Durch die Einführung des § 1931 IV ist das gesamte System der güter- und erbrechtlichen Stellung der Ehegatten in ein Mißverhältnis geraten¹⁾. Daher sollte der Gesetzgeber stärker als bisher darauf achten, daß das Ehegattenerbrecht zum Güterrecht

1) Firsching, DNotZ 1970, 523.

paßt. Ehegatten, die die Gütertrennung gewählt haben, nachträglich mit einem wesentlich höheren gesetzlichen Erbrecht und damit auch Pflichtteilsrecht zu konfrontieren, ist verfehlt¹⁾. Der Unterschied zwischen den beiden Güterständen, daß die Zugewinnngemeinschaft im Gegensatz zur Gütertrennung eine Kombination aus Gütertrennung, Verfügungsbeschränkung und Zugewinnausgleich ist, wird bei der gesetzlichen Regelung, soweit nur ein Kind vorhanden ist, nicht mehr deutlich und kommt nicht zum Tragen.

Zu berücksichtigen ist aber, daß die Quotenidentität nur beim Vorhandensein eines Kindes besteht. Darüberhinaus ist die Erbquote des Zugewinnngemeinschaftsehegatten stets höher als die des Gütertrennungsehegatten. Von der dinglichen Beteiligung her gesehen ist also der Zugewinnngemeinschaftsehegatte grundsätzlich nie geringer am Nachlaß beteiligt als der Gütertrennungsehegatte.

An diesem Ergebnis könnte sich aber noch insofern etwas ändern, als die Erbquote des Zugewinnngemeinschaftsehegatten im Gegensatz zu der des Gütertrennungsehegatten durch den Ausbildungsanspruch nach § 1371 IV belastet sein kann. Diese Bedenken sind aber unbegründet, da § 1371 IV lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch gewährt und nichts an der dinglichen Beteiligung des Zugewinnngemeinschaftsehegatten ändert. Ferner ist zu beachten, daß bereits beim Vorhandensein von zwei Kindern der Anspruch nach § 1371 IV nicht mehr so stark ins Gewicht fällt und in der Regel den Unterschied zwischen der Beteiligung des Zugewinnngemeinschaftsehegatten in Höhe von $\frac{1}{2}$ und des Gütertrennungsehegatten in der Höhe von $\frac{1}{3}$ nicht ausgleicht.

1) Leipold, AcP 180, 179.

Aber auch bei dem Vorhandensein von einem Kind ist - ohne Bemühen einer Statistik - zu bemerken, daß § 1371 IV nur selten zur Anwendung kommt. Zunächst einmal ist die Zahl der nichtehelichen Kinder im Verhältnis zu den gesamten Ehen sehr gering. Darüberhinaus ist zu bedenken, daß im Regelfall auch das nichteheliche Kind beim Tod seines Elternteils schon so alt ist, daß es eines Ausbildungsanspruches nicht mehr bedarf. Im übrigen ist dieser Anspruch auch insoweit eingeschränkt, als der Zugewinnungsgemeinschaftsehegatte dadurch nicht um seine Vermögensbeteiligung gebracht werden darf¹⁾. Man wird daher ohne weiteres sagen können, daß der Anspruch nach § 1371 IV nur äußerst selten den Zugewinnungsgemeinschaftsehegatten gegenüber dem Gütertrennungsehegatten beim Erbfall benachteiligt. Bei der gesetzlichen Erbfolge wird der Zugewinnungsgemeinschaftsehegatte also grundsätzlich nicht geringer am Nachlaß beteiligt als der Gütertrennungsehegatte im Parallelfall.

Ein Wertungswiderspruch, der einer Lösung bedarf, besteht bei den Ergebnissen der gesetzlichen Erbfolge also nicht. Gegenteilige Ergebnisse, die theoretisch denkbar sind, können das Vorliegen eines Wertungswiderspruchs nicht begründen.

b) Wertungswiderspruch bei Enterbung²⁾

Der Erblasser kann kraft seiner Testierfreiheit durch eine testamentarische Verfügung oder durch eine Verfügung in einem Erbvertrag seinen Ehepartner von der gesetzlichen Erbfolge ausschließen und ihn so enterben.

1) Hierzu Staudinger-Thiele, 12. Aufl. § 1371 Rz. 106.

2) Vgl. Fall I.3.a), b), S. 4 f.; zu den einzelnen Quoten vgl. Tabelle I, II.

aa) Verschiedene Motivationen bei der Enterbung

Bei der Enterbung muß zwischen verschiedenen Fallkonstellationen unterschieden werden. In den hier interessierenden Fällen kann nur die Form der Enterbung gemeint sein, die wegen Streit und Zerrüttung der ehelichen Gemeinschaft oder sonstiger Meinungsverschiedenheiten erfolgt.

Die Enterbung ist verständlich, wenn grobe Mißverständnisse zwischen den Partnern vorliegen und von ehelichen Gemeinsamkeiten keine Rede mehr sein kann. Die Enterbung dokumentiert das fehlende Zusammengehörigkeitsgefühl, das Nichtvorhandensein einer engen, vertrauensvollen partnerschaftlichen Bindung. Auch über den Tod hinaus soll daher der Überlebende Ehegatte nur geringstmöglich am Nachlaß des Verstorbenen teilhaben. Die Ursachen und die Folgen einer Enterbung gelten für die Zugewinnngemeinschaft und für die Gütertrennung gleichermaßen.

Nicht einschlägig für die sich anschließende Untersuchung sind solche Fälle, in denen eine Enterbung stattfindet, weil schon zu Lebzeiten des Erblassers durch diesen eine hohe Zuwendung - quasi in Form einer vorweggenommenen Erbfolge - an den Zugewinnngemeinschaftsehegatten erfolgt ist und insoweit auch Übereinstimmung zwischen dem Erblasser und dem Überlebenden Ehegatten besteht.

bb) Die Quoten bei der Enterbung

Die Enterbung des Ehegatten bedeutet zwar den Ausschluß von der dinglichen Teilhabe, nicht aber den völligen Ausschluß von jeglicher Teilhabe am Vermögen des Erblassers. Der Ehepartner behält nämlich nach § 2303 I Satz 1 grundsätzlich den - wenn auch nur schuldrechtlichen -

Pflichtteilsanspruch.

Im Falle der Enterbung erhält der Zugewinngemeinschafts-ehegatte unabhängig von der Anzahl der Kinder die kleine Pflichtteilsquote von $1/8$, die sich nach der nicht erhöhten gesetzlichen Erbquote des § 1931 I berechnet, und den eventuellen Zugewinnausgleichsanspruch¹⁾. Dieser obligatorische Ausgleich des während der Ehe erzielten Zugewinns ist neben der pauschalen Ausgleichung die andere Organisationsform des Beteiligungsprinzips. Dieser Anspruch ist in seinen Voraussetzungen von der Art und dem Umfang der beiderseitigen Mitwirkung beim Vermögenserwerb abhängig.

Der Gütertrennungsehegatte erhält die von der Kinderzahl abhängige Pflichtteilsquote von $1/4$, $1/6$ oder $1/8$. Die Quoten leiten sich von der gesetzlichen Erbquote des § 1931 IV bzw. des § 1931 I ab.

cc) Wertung und Ergebnis

Die vorangestellten Fallbeispiele²⁾ zeigen, daß die Nach-

1) Diese Quotenbestimmung entspricht der überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur; stellvertretend: BGHZ 42, 182 ff. und Staudinger-Ferid-Cieslar (12. Aufl.), § 2303 Rz. 46 ff. Der Auffassung Niederländers in NJW 1960, 1739: "...bei der Zugewinnsgemeinschaft sei der Pflichtteil des Ehegatten nunmehr stets der große", kann nicht gefolgt werden, da sie übersieht, daß § 1371 güterrechtlich motiviert ist; vgl. hierzu BGHZ 42, 182 ff.

2) Vgl. Fall I.3.a), b), S. 4 f.

laßbeteiligung des Zugewinnngemeinschaftsehegatten von dem Umfang eines eventuell erwirtschafteten Zugewinns und von der Frage abhängt, wer ausgleichspflichtig ist. Im folgenden werden verschiedene Fallkonstellationen daraufhin untersucht, ob Wertungswidersprüche vorliegen:

- der Nachlaß des verstorbenen Ehegatten besteht ausschließlich oder überwiegend aus Zugewinn;
- es besteht kein Zugewinnausgleichsanspruch;
- der überlebende Zugewinnngemeinschaftsehegatte ist ausgleichungspflichtig.

(1) Enterbung und hohe Zugewinnausgleichsforderung

Besteht der Nachlaß ausschließlich oder überwiegend aus vom Verstorbenen erwirtschafteten Zugewinn, so beträgt der Umfang des Nachlaßanspruches des Zugewinnngemeinschaftsehegatten unabhängig von der Anzahl der Kinder maximal 56,25 % des Gesamtnachlasses¹⁾.

Der Gütertrennungsehegatte erhält im Falle der Enterbung beim Vorhandensein von einem Kind die Pflichtteilsquote von $\frac{1}{4}$ (25 % des Nachlasses), bei zwei Kindern die Pflichtteilsquote von $\frac{1}{6}$ (16,6 %) und bei mehr als zwei Kindern die konstante Pflichtteilsquote von $\frac{1}{8}$ (12,5 %)²⁾. Die Höhe eines eventuell erwirtschafteten Zugewinns spielt beim Güterstand der Gütertrennung keine Rolle, da dieser Güterstand vom Gesetz her ausschließlich vom

1) Vgl. zur Berechnung John, FamR Rdnr. 120 ff.

2) Vgl. Tabelle I.

Prinzip der Gütertrennung geprägt ist.

Solange der Wert der schuldrechtlichen Nachlaßansprüche des Zugewinngemeinschaftsehegatten - bestehend aus der konstanten Pflichtteilsquote von $\frac{1}{8}$ und der Zugewinnausgleichsforderung - höher ist als der entsprechende Anspruchsumfang des Gütertrennungsehegatten, liegt kein Wertungswiderspruch vor. Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, daß der Erblasser gerade bei der Enterbung vielfach den Nachweis seines eigenen höheren Zugewinns und damit die Realisierung des Zugewinnausgleichsanspruchs nicht besonders leicht machen wird. Dieses Problem betrifft aber nicht die rechtliche Wertung, sondern lediglich die Verwirklichung eines von Gesetzes wegen bestehenden Anspruchs. Im übrigen bietet hier auch § 1377 III für den Zugewinngemeinschaftsehegatten eine günstige Ausgangsposition¹⁾.

(2) Enterbung und fehlender Zugewinn

Die vorangestellten Fallbeispiele²⁾ zeigen besonders deutlich, daß der Gütertrennungsehegatte beim Vorhandensein von einem Kind oder zwei Kindern größere Pflichtteilsansprüche hat und damit höher am Nachlaß beteiligt ist als im Parallellfall der Zugewinngemeinschaftsehegatte, der neben dem Pflichtteilsanspruch keinen oder nur einen kleinen Zugewinnausgleichsanspruch hat.

1) Hierzu auch Bosch, FamRZ 1972, 171, Fn. 20; Staudinger-Felgentraeger, 10./11. Aufl., 1379, Rz. 8 ff.

2) Vgl. Fall I.3.a), b), S. 4 f.

Diese Ergebnisse sind aber keine Ausnahmen; denn es wird häufiger kein oder nur ein unbedeutender Zugewinn erwirtschaftet, oder der erwirtschaftete Zugewinn ist nicht mehr vorhanden.

Aufgrund der bisherigen Ausführungen erscheint es unverständlich, daß bei gleichem Sachverhalt - Enterbung - und gleichzeitig fehlendem Zugewinn der Gütertrennungsehegatte beim Vorhandensein eines Kindes um 100 % und beim Vorhandensein von zwei Kindern immer noch um 33 1/3 % höher am Nachlaß beteiligt ist als der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte¹⁾. Erst wenn mehr als zwei Kinder vorhanden sind, hat der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte keine geringeren Nachlaßansprüche mehr als der Gütertrennungsehegatte.

Diese Ergebnisse überraschen deshalb, weil bei der Beendigung des Güterstandes die ehemals - zumindest gesetzlich - bestehende vergleichsweise erhöhte vermögensrechtliche Bindung der Zugewinnsgemeinschaftsehegatten völlig außer acht bleibt. Die aufgezeigten Ergebnisse vermitteln vielmehr den falschen Eindruck, als ob die Gütertrennung der Güterstand wäre, der vom gesetzlichen Leitbild her die engere Bindung der Partner normiert. Im Gegensatz zu den tatsächlichen Ergebnissen hätte man erwartet, daß die Zugewinnsgemeinschaft als kombinierter Güterstand bei der Beendigung des Güterstandes dem überlebenden Zugewinnsgemeinschaftsehegatten auch bei fehlendem Zugewinn zumindest gleichhohe Nachlaßansprüche zuweist wie die Gütertrennung dem Gütertrennungsehegatten. Das Element der Gütertrennung - beim gleichnamigen Güterstand ist das die einzige gesetzliche Aussage, während sie bei der Zugewinnsgemeinschaft lediglich ein Element ist - müßte dem

1) Vgl. Tabelle I.

überlebenden Ehegatten eine identische Pflichtteilsquote zukommen lassen. Aufgrund eines eventuellen Zugewinnausgleiches könnte der Zugewinnungsgemeinschaftsehegatte seinen Anspruchsumfang zusätzlich noch vergrößern. Es ist aber nicht nachvollziehbar, daß die aus der "Gütertrennung" erwachsende Pflichtteilsquote beim gleichnamigen Güterstand den Wert von $\frac{1}{4}$ (bei einem Kind) und bei der Zugewinnungsgemeinschaft lediglich den Wert von $\frac{1}{8}$ hat.

In der Tat wird die oben angesprochene Erwartung bestätigt, wenn die Ehe nicht durch den Tod, sondern durch eine Scheidung beendet wird und kein Zugewinnausgleichsanspruch besteht. Das Element der Gütertrennung behandelt den Zugewinnungsgemeinschafts- und den Gütertrennungsehegatten gleich. Beide besitzen keine Ansprüche gegen den Partner. Lediglich ein eventueller Zugewinnausgleichsanspruch kann den anspruchsberechtigten Partner - allerdings auf Kosten des Anspruchsschuldners - dem Gütertrennungsehegatten gegenüber begünstigen. In einem solchen Fall findet das zusätzliche Element des Zugewinnausgleichs Berücksichtigung. Diese Ergebnisse bei der Scheidung müßten aber auch bei der Enterbung im Falle fehlender Ausgleichspflicht eintreten. Enterbung und Scheidung sind nämlich durchaus vergleichbar.

Beide beruhen nämlich auf der Zerrüttung der Ehe. Vor einer beabsichtigten Scheidung kann es daher sogar ratsam sein, den Partner zu enterben. Die Vergleichbarkeit von Scheidung und Enterbung ergibt sich auch daraus, daß gerade bei älteren Ehepartnern trotz der Zerrüttung der Ehe aus ethischen Gründen oder aus Gründen der Familienrück-sichtnahme eine Scheidung nicht gewünscht wird. Gleichwohl wird aber eine Enterbung vorgenommen, um damit der Zerrüttung der Ehe auch über den Tod hinaus Ausdruck zu verleihen.

Aus den dargestellten Gründen heraus ist es unverständlich, daß der Zugewinnngemeinschaftsehegatte, der in dem Güterstand lebt, der eine höhere vermögensrechtliche Bindung während der Ehe und eine "geplante" höhere Beteiligung beim Tod verheißt, im Fall der Enterbung bei gleichzeitig fehlendem Zugewinn um bis zu 50 % geringere Ansprüche hat als der Ehegatte, der in dem Güterstand lebt, der nach seinem gesetzlichen Leitbild die Vermögen der Partner wie die Vermögen von Fremden behandelt.

Die von den Ehegatten durch die Wahl des Güterstandes angelegte Grundentscheidung über die vermögensrechtlichen Auswirkungen der Ehe werden hier bei fehlendem oder geringem Zugewinn ins Gegenteil verkehrt. Die gesetzlich angeordnete Nachlaßteilhabe täuscht eine Bindung vor, die vom gesetzlichen Leitbild her nicht besteht. Es liegt daher ein Wertungswiderspruch vor, wenn der Zugewinnngemeinschaftsehegatte im Falle der Enterbung bei gleichzeitig fehlendem oder geringem Zugewinnausgleichsanspruch geringer am Nachlaß beteiligt ist als der Gütertrennungsehegatte.

Eine Einschränkung des festgestellten Wertungswiderspruches könnte sich aber dann ergeben, wenn man die Zugewinnngemeinschaft als eine Risikogemeinschaft dergestalt versteht, daß die Chance, durch den pauschalen Zugewinnausgleich im Falle der gesetzlichen Erbfolge eventuell mehr zu erhalten als bei einem rechnerisch durchgeführten Zugewinnausgleich den Nachteil, im Falle der Enterbung bei geringem oder fehlendem Zugewinn weniger zu erhalten als bei der Gütertrennung, ausgleicht. Es wäre also nicht verwunderlich, wenn sich das "Risiko" in bestimmten Fallkonstellationen verwirklicht. In der Tat ist es so, daß der Zugewinnngemeinschaftsehegatte beim Tod des Partners den übrigen Erben nie ausgleichspflichtig ist

und den erhöhten Ehegattenerbteil auch dann erhält, wenn er selbst den größeren Gewinn erzielt hat¹⁾. Diese Argumentation könnte dann überzeugen, wenn die pauschale Erbquote bei der erbrechtlichen Lösung vielfach unbillig ist, gleichzeitig aber die ebenso pauschal erhöhte gesetzliche Erbquote bei der Gütertrennung keinen Anlaß zur Kritik bietet.

Die Vereinfachungen²⁾ der Nachlaßregelung durch die erbrechtliche Lösung ist unter Preisgabe des Grundgedankens der Zugewinnngemeinschaft vorgenommen worden³⁾. Die erbrechtliche Lösung verwirklicht die Funktion des Ausgleichs des Zugewinns nur, wenn der verstorbene Ehegatte den größeren Zugewinn erzielt hat⁴⁾, dessen Höhe eine entsprechende Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des Überlebenden rechtfertigt⁵⁾. In Wahrheit handelt es sich bei § 1371 I um eine den Zugewinnngemeinschaftsehegatten in jedem Fall - unabhängig vom ehelichen Zugewinn - begünstigende Veränderung des gesetzlichen Erbrechts.

1) Dieckmann, FamRZ 1972, 392.

2) Vgl. zum Anlaß der Wahl der erbrechtlichen Lösung: Ausschlußbericht Bundestagsdrucksache zu 3409, S. 4 ff.; Wahl, FamRz 1956, 133 ff.; Lange, NJW 1957, 1384; Bärmann, JZ 1956, 225; Leipold, AcP 180, 176; Thierfelder, FamRZ 1959, 389; Coing, A 43; Staudinger-Thiele, Vorbemerkungen zu § 1371 Rz. 9; Soergel-Lange, § 1371 Rz. 2; Erman-Heckelmann, § 1371 Rz. 3 f.

3) Ausführlich zur Kritik: Gernhuber, FamR S. 455; Dölle, FamR S. 775 ff.; Beitzke, FamR S. 113 f.; Ulmer, NJW 1957, 170 f.; Ulmer, FamRZ 1958, 251 f.; Niederländer, NJW 1960, 1737 ff.; Braga, FamRZ 1957, 335 ff.; Boehmer, NJW 1958, 525; Bärmann, JZ 1958, 228 f.; AcP 157, 181 ff.; Tiedau, MDR 1958, 380 ff.; Thierfelder, FamRZ 1959, 391.

4) Staudinger-Thiele, 12. Aufl. Vorbemerkungen zu § 1371 Rz. 10.

5) Dölle, FamR S. 776; dazu auch Thierfelder, FamRZ 1959, 391.

Die Inkonsequenz liegt darin, daß einerseits die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils zwar nur für die Zugewinnsgemeinschaft normiert, aber bei diesem Güterstand nicht vom Vorliegen eines Zugewinns abhängig gemacht wird. Die pauschale Teilung zur Hälfte ist ein Kompromiß, der der Wirklichkeit nicht immer entspricht¹⁾.

Die in § 1371 I enthaltene Wendung "so wird der Ausgleich des Zugewinns dadurch verwirklicht" ist damit weitgehend eine Fiktion. Denn es ist nach § 1371 I 2. Hs unerheblich, ob und gegebenenfalls welcher Ehegatte in der Ehe den größeren Zugewinn erzielt hat.

Das Gesetz gibt für eine Vielzahl der Ehen damit den Gedanken der Zugewinnbeteiligung nicht nur preis, sondern pervertiert ihn sogar²⁾. Als Schlagwort ist der Begriff "Etikettenschwindel" nicht verfehlt; denn zwischen Wirklichkeit und Intention ist eine Deckungsgleichheit oft nicht gegeben. Die wahren Zugewinnverhältnisse werden mißachtet.

Die pauschale Erhöhung bei § 1931 IV findet aber ebenso ungeachtet der tatsächlichen Gegebenheiten statt³⁾. Es ist nämlich gleichgültig, ob der verstorbene Ehepartner dem Überlebenden zu vergütende Mitarbeit geleistet hat,

-
- 1) Gernhuber, FamR S. 456 drückt dies folgendermaßen aus: Die pauschale Teilung zur Hälfte ist entweder ein Ausdruck der Ratlosigkeit oder irrationaler Empfindungen und idealisierender Tendenzen.
 - 2) Staudinger-Thiele, 12. Aufl Vorbemerkung zu § 1371 Rz. 10; vgl. auch Coing, A 43; Beitzke, FamR S. 113.
 - 3) Vgl. zur Begründung der gesetzlichen Aufnahme des § 1931 IV in das Gesetz: Bundestagsdrucksache V/4179; Firsching, DNotZ 1970, 523; Odersky, S. 512 ff.

oder ob nachweislich zwischen den Ehepartnern keine Mitarbeit stattgefunden hat.

Darüberhinaus führt die Erhöhung des Erbteils aus dem Gesichtspunkt der Abgeltung lebzeitiger Leistungen in die Gütertrennung ein Element des Zugewinnausgleichs ein. Gleichzeitig wird der Unterschied zwischen Zugewinnsgemeinschaft und Gütertrennung verwischt¹⁾. Die in Frage kommenden Quoten spiegeln die Wirklichkeit also nicht korrekt wider, sondern sind ebenso ein "Etikettenschwindel".

Da sich somit sowohl die Quoten nach der erbrechtlichen Lösung als auch die nach § 1931 IV als "Etikettenschwindel" herausstellen, ist die Argumentation, die teilweisen unberechtigten Vorteile bei der erbrechtlichen Lösung würden die möglichen Nachteile bei der Enterbung - hier allerdings im Vergleich zu einem anderen Güterstand - kompensieren, nicht überzeugend. Die teilweise unberechtigten Vorteile der erbrechtlichen Lösung gleichen sich vielmehr schon mit den zumindest ebenso unbilligen Ergebnissen der Pauschalquote bei der Gütertrennung aus.

Darüberhinaus ist es weder aus dogmatischer Sicht noch wertungsmäßig überzeugend, die angebliche Unbilligkeit bei der gesetzlichen Erbfolge mache eine andere Unbilligkeit im Falle der Enterbung erträglich.

Bei der Scheidung verwirklicht sich das "Risiko" auch nicht. Hier kann der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte, solange er nicht selbst ausgleichspflichtig ist, auch nicht schlechter stehen als der Gütertrennungsehegatte.

1) Braga, FamRZ 1972, 117; John, FamR Rdnr. 240.

Die Zugewinnngemeinschaft könnte höchstens insoweit als Risikogemeinschaft zu verstehen sein, als der Zugewinnngemeinschaftsehegatte mit dem Risiko lebt, die gleichen Nachlaßansprüche zu besitzen wie der Gütertrennungsehegatte, aber gleichzeitig auch die Chance auf den Zugewinnngleich hat.

Gegen das Vorliegen eines Wertungswiderspruches kann auch nicht vorgebracht werden, der Zugewinnngemeinschaftsehegatte besitze zu Lebzeiten eine bessere Zugriffs- und Einwirkungsmöglichkeit auf das Vermögen des Ehepartners. Nach dieser Argumentation könnte dann eine Schlechterstellung des Zugewinnngemeinschaftsehegatten im Erbfall bei bestimmten Fallkonstellationen nicht von vornherein als ungerechtfertigt erscheinen. Gegen diese Argumentation spricht aber wiederum, daß die von den Ehepartnern angelegte Grundentscheidung über ihre vermögensrechtlichen Beziehungen auch im Erbrecht konsequent fortgeführt werden muß. Es geht nicht an, die höhere vermögensrechtliche Bindung in der Zugewinnngemeinschaft - die zumindest vom Gesetz her besteht - durch eine geringe Nachlaßbeteiligung egalisieren zu wollen. Auf der anderen Seite würde dies bedeuten, daß die - vom Gesetz her - geringere vermögensrechtliche Bindung der Gütertrennungsehegatten zu Lebzeiten durch eine höhere Nachlaßbeteiligung ausgeglichen würde. Gerade der letzte Gedanke zeigt die Widersprüchlichkeit einer solchen Argumentation. Sie widerspricht den gesetzlich normierten Grundgedanken der Gütertrennung.

Die Existenz eines Wertungswiderspruches kann auch nicht durch den Hinweis widerlegt werden, die Pflichtteilsquoten in der Zugewinnngemeinschaft seien pauschale, von der Kinderzahl unabhängige Quoten, die zu mehr oder weniger gerechten Ergebnissen führen würden. Denn auch dann, wenn sich die Pflichtteilsquoten - wie bei der

Gütertrennung - teilweise nach der Anzahl der Kinder richten, handelt es sich um pauschale Quoten, die gleichfalls zu mehr oder weniger gerechten Ergebnissen führen.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß die Höhe der schuldrechtlichen Pflichtteilsansprüche bei der Zugewinnngemeinschaft im Verhältnis zur Gütertrennung ein in sich rational nicht nachvollziehbares Ergebnis zeigt. Es liegt ein eklatanter Wertungswiderspruch vor, der einer Lösung dringend bedarf.

(3) Enterbung und Zugewinnausgleichspflicht des überlebenden Zugewinnngemeinschaftsehegatten

Der rechnerische Zugewinnausgleich hat zur Folge, daß bei der Beendigung des Güterstandes derjenige Ehegatte, der während der Ehe den höheren Zugewinn erzielt hat, dem anderen ausgleichspflichtig ist. Auch dann, wenn die Ehe durch den Tod des Partners beendet wird, wird es vorkommen, daß der überlebende Zugewinnngemeinschaftsehegatte den höheren Zugewinn erwirtschaftet hat. Dennoch ist der überlebende Ehegatte beim Tod des Partners nicht ausgleichungspflichtig¹⁾. Er wird also von der Verpflichtung befreit, eventuell hohe Ausgleichansprüche zu erfüllen, die sein Vermögen erheblich schmälern könnten.

Die sich kraft Gesetzes ergebenden Pflichtteilsquoten betragen bei der vorliegenden Fallkonstellation für den Gütertrennungsehegatten 1/4, 1/6 oder 1/8; für den Zugewinnngemeinschaftsehegatten hat die Pflichtteilsquote den konstanten Wert von 1/8.

1) Vgl. Dieckmann, FamRZ 1979/392.

Es stellt sich daher auch hier die Frage nach dem Vorliegen von Wertungswidersprüchen.

Solange nur die Pflichtteilsquoten berücksichtigt werden, ist das Vorliegen eines Wertungswiderspruches zu bejahen. Eine solche Betrachtung ist aber zu oberflächlich, da auch die Tatsache zu berücksichtigen ist, daß der überlebende Zugewinngemeinschaftsehegatte trotz eines erwirtschafteten höheren Zugewinns nicht ausgleichungspflichtig ist. In Höhe der "eigentlich" bestehenden Ausgleichspflicht ist der Zugewinngemeinschaftsehegatte "bereichert".

Weiter ist in die Wertung einzubeziehen, daß sich hier das "Risiko" der Zugewinngemeinschaft verwirklicht. Derjenige Ehepartner, der zu Lebzeiten den höheren Zugewinn erwirtschaftet hat, ist dem andern, soweit die Ehe nicht durch den Tod beendet wird, stets ausgleichungspflichtig. Das gilt besonders bei der Scheidung. Der Ehepartner, der während der Ehe den höheren Zugewinn erwirtschaftet hat, muß Teile seines Vermögens an seinen ehemaligen Partner übertragen. Bei der Gütertrennung ist das nicht der Fall. Wird die Ehe durch eine Scheidung beendet, schneidet bei einem Vergleich der ausgleichspflichtige Zugewinngemeinschaftsehegatte schlechter ab als der Gütertrennungsehegatte, der sein Vermögen behält.

Die Tatsache, daß der Zugewinngemeinschaftsehegatte in einigen Fallvariationen schlechter steht als der Gütertrennungsehegatte, überrascht also nicht.

Feststellen läßt sich also, daß dann, wenn der Zugewinngemeinschaftsehegatte den höheren Zugewinn erwirtschaftet hat, aber dennoch nicht ausgleichungspflichtig ist, trotz der geringeren Pflichtteilsquote im Verhältnis zum Gütertrennungsehegatten kein Wertungswiderspruch vorliegt.

Auf die Höhe einer "ersparten" Ausgleichspflicht kommt es hierbei nicht an. Denn auch bei sehr geringer Zugewinnausgleichspflicht steht der Zugewinnngemeinschaftsehegatte bei der Scheidung schlechter als der Gütertrennungsehegatte im Parallelfall.

c) Wertungswiderspruch bei Ausschlagung¹⁾

Gemäß § 1953 hat die Ausschlagung der Erbschaft die Wirkung, daß der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt gilt. Die Ausschlagung unterscheidet sich von der Enterbung nach § 1938 demnach dadurch, daß bei jener der Wegfall der Erbenstellung durch eine freie Entscheidung des Erben erreicht wird, während bei dieser der Erblasser selbst kraft seiner Testierfreiheit dem Ehegatten die Erbenstellung entzieht. Dieser bedeutende Unterschied wird bei den folgenden Untersuchungen, ob ein Wertungswiderspruch vorliegt, zu berücksichtigen sein.

Für die Zugewinnngemeinschaft kann aber schon gesagt werden, daß der Zugewinnngemeinschaftsehegatte sowohl bei der Enterbung als auch bei der Ausschlagung in gleich hoher Weise am Nachlaß schuldrechtlich beteiligt ist, da er die Ansprüche nach der güterrechtlichen Lösung erhält²⁾.

Darüberhinaus sind bei der Ausschlagung mehrere Fallgruppen zu unterscheiden, wobei jede einzelne daraufhin untersucht werden muß, ob ein Wertungswiderspruch vorliegt.

1) Vgl. dazu Fall I.4.a),b),c), S. 5 ff.

2) Vgl. dazu oben S. 26 f.

aa) Ausschlagung der gesetzlichen Erbfolge¹⁾

Greift die gesetzliche Erbfolge ein, erbt der Zugewinn-
gemeinschaftsehegatte die Hälfte der Erbschaft.

Bei der Ausschlagung, die sicher nur dann sinnvoll ist,
wenn der Nachlaß ausschließlich oder fast ausschließlich
aus Zugewinn besteht²⁾, verliert er zwar die dingliche
Beteiligung am Nachlaß, doch erhält er stattdessen noch
nach der güterrechtlichen Lösung unabhängig von der
Kinderzahl die Pflichtteilsquote von 1/8 und den eventuel-
len Zugewinnausgleich³⁾.

Zwar erhält der pflichtteilsberechtigte Zugewinnsgemein-
schaftsehegatte nach der Ausschlagung normalerweise nur
in den Fällen der §§ 2305 - 2307 Pflichtteilsansprüche,
während in anderen Situationen die Ausschlagung zum Ver-
lust der erbrechtlichen Stellung führt. § 1371 III sieht
aber vor, daß der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte bei der
Ausschlagung einen Pflichtteilsanspruch auch dann erwirbt,
wenn er ihm nach den erbrechtlichen Bestimmungen nicht
zusteht⁴⁾.

Schlägt der Gütertrennungsehegatte seine Beteiligung nach
der gesetzlichen Erbfolge aus, erhält er keine Pflichtteils-

1) Vgl. dazu Fall I.4.a), S. 5 f.

2) Vgl. hierzu John, ErbR Rdnr. 230 f.; weitere Ausschla-
gungsgründe, die denkbar sind, sollen hier wegen ihrer
Vielfalt unberücksichtigt bleiben.

3) Vgl. zur Berechnung des Zugewinnausgleichsanspruches:
MüKo-Gernhuber, § 1375 Rz. 13.

4) Hierzu John, ErbR Rdnr. 228.

ansprüche mehr¹⁾; er geht also leer aus. § 1371 III gilt nicht zu seinen Gunsten. Aus den Ergebnissen des dargestellten Falles ist ersichtlich, daß unter keinen Umständen ein Wertungswiderspruch vorliegen kann, da bei der Ausschlagung der Nachlaßbeteiligung gemäß der gesetzlichen Erbfolge der Zugewinnngemeinschaftsehegatte stets höher am Nachlaß beteiligt ist als der Gütertrennungsehegatte.

bb) Ausschlagung einer testamentarischen Zuwendung²⁾

(1) Der zugewandte Erbteil ist kleiner als der Pflichtteil³⁾

Ist dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten ein Erbteil hinterlassen, der wertmäßig die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, also die Pflichtteilsquote von 1/4 nicht erreicht, so hat der Zugewinnngemeinschaftsehegatte einen Pflichtteilsrestanspruch nach § 2305⁴⁾. Unabhängig von der Anzahl der Kinder richtet sich dieser Anspruch stets an der großen Pflichtteilsquote von 1/4 aus. Die Höhe des Pflichtteilsrestanspruches ist die Differenz zwischen dem Wert des zugewandten Erbteils und der Pflichtteilsquote von 1/4. Der Zugewinnngemeinschaftsehegatte ist damit gleichzeitig Erbe und Inhaber eines Pflichtteilsrestanspruches.

Beim Gütertrennungsehegatten hingegen richtet sich dieser Pflichtteilsrestanspruch an der Kinderzahl und der dann relevanten Pflichtteilsquote aus. Die Bezugsgröße bei einem Kind ist also 1/4, bei zwei Kindern 1/6 und darüberhinaus

1) Vgl. dazu Fall I.4.a), bb), S. 5 f.

2) Vgl. dazu Fall I.4.b), c), S. 6 f.

3) Vgl. dazu Fall I.4.b), S. 6.

4) Hierzu Soergel-Dieckmann, § 2305 Rz. 1.

stets 1/8.

Auch aus der Gegenüberstellung dieser Ergebnisse ergibt sich, daß der Zugewinngemeinschaftsehegatte bei der Ergänzung seines Erbteils nach § 2305 nie schlechter steht als der Gütertrennungsehegatte. Dies gilt selbst dann, wenn nur ein Kind vorhanden ist, da der Zugewinngemeinschaftsehegatte auch den eventuellen Ausbildungsanspruch nach § 1371 IV nicht erfüllen muß¹⁾. Ein Wertungswiderspruch liegt in diesen Ergebnissen nicht vor.

Anders könnte es aber dann aussehen, wenn das Zugewandte ausgeschlagen wird. Hier erhält der Zugewinngemeinschaftsehegatte nach dem oben gezeigten Beispiel²⁾ die Pflichtteilsquote von 1/8, also 1.250 DM. Der ihm zusätzlich zustehende Zugewinnausgleichsanspruch verschafft ihm hier keine höhere Beteiligung, da kein Zugewinn erwirtschaftet wurde.

Dem Gütertrennungsehegatten steht nur der Pflichtteilsrestanspruch nach § 2305 zu³⁾, der ihm aber nach dem obigen Beispiel beim Vorhandensein von einem Kind 2.400 DM und bei zwei Kindern 1.566,66 DM zuweist, in beiden Fällen also mehr als dem Zugewinngemeinschaftsehegatten⁴⁾. Erst ab mehr als zwei Kindern steht der Zugewinngemeinschaftsehegatte besser als der Gütertrennungsehegatte.

Es ist also ersichtlich, daß mehrere Fallvariationen denkbar sind, in denen der Gütertrennungsehegatte am Nachlaß

1) Palandt-Diederichsen, § 1371 Anm. 3.

2) Vgl. dazu Fall I.4.b), aa), S. 6.

3) Soergel-Dieckmann, § 2305 Rz. 1 mit weiteren Literaturangaben.

4) Vgl. dazu Fall I.4.b), S. 6.

höher beteiligt wird als der Zugewinnngemeinschaftsehegatte.

Nur dann, wenn der zugewandte, aber ausgeschlagene Erbteil größer als $\frac{1}{8}$ ist, steht sich der Zugewinnngemeinschaftsehegatte in allen Fallvariationen besser, da die Höhe seiner Mindestbeteiligung am Nachlaß bei der Ausschlagung unabhängig vom Wert des zugewendeten Erbteils stets $\frac{1}{8}$ beträgt.

Beim Gütertrennungsehegatten berechnet sich bei der Ausschlagung der dann nur noch bestehende Pflichtteilsrestanspruch beim Vorhandensein eines Kindes aus der Differenz seiner Pflichtteilsquote von $\frac{1}{4}$ und dem Wert des zugewandten Erbteils mit dem Wert von über $\frac{1}{8}$. Der Restanspruch nach § 2305 erreicht daher nicht den Quotenwert von $\frac{1}{8}$. Beim Vorhandensein von zwei Kindern gilt die entsprechende Berechnung.

Es fragt sich daher, ob im Fall der Ausschlagung eines zugewandten Erbteils, in dem der Gütertrennungsehegatte im vergleichbaren Fall besser steht als der Zugewinnngemeinschaftsehegatte, ein Wertungswiderspruch vorliegt.

Betrachtet man nur die Höhe der tatsächlichen Beteiligung, ist das sicher zu bejahen, da - wie gezeigt wurde¹⁾ - es mit dem Wesen der Güterstände nicht vereinbar ist, wenn der Gütertrennungsehegatte höher am Nachlaß beteiligt ist als der Zugewinnngemeinschaftsehegatte.

Zu beachten ist aber, daß dieser angebliche Wertungswiderspruch nicht nur vom materiellen Ergebnis her belegt werden kann, sondern entscheidend ist auch, wie die Ergebnisse zustande kommen. Die Enterbung erfolgt durch den Erblasser;

1) Vgl. oben S. 19 f.

die vorliegenden Ergebnisse resultieren jedoch aus einem Verhalten des Ehegatten, nämlich der Ausschlagung. Der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte hat es selbst in der Hand, ob er zumindest nicht schlechter steht als der Gütertrennungsehegatte in der vergleichbaren Situation.

Eine Ausschlagung kommt für den Zugewinnsgemeinschaftsehegatten sinnvollerweise nur dann in Betracht, wenn der Nachlaß entweder ausschließlich oder überwiegend aus Zugewinn besteht¹⁾. Grundsätzlich wird der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte den ihm zugewandten Erbteil nicht einfach ausschlagen, sondern sich reiflich überlegen, ob er seine Mindestbeteiligung von 1/4 des Nachlasses, bestehend aus Erbteil und Pflichtteilsrestanspruch, aufgibt und sich für die güterrechtliche Lösung entscheidet. Bei Zweifeln über die Höhe des Zugewinns wird es der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte bei der bestehenden Rechtslage belassen und das Risiko der güterrechtlichen Lösung meiden. Nur wenn genaue Überlegungen ihm eine vorteilhafte Beteiligung verheißen, ist es für ihn sinnvoll, auszuschlagen.

Es kann also festgestellt werden, daß der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte auch bei einer eventuellen Ausschlagung im Ergebnis nicht schlechter am Nachlaß beteiligt wird als der Gütertrennungsehegatte, da jener nur ausschlagen wird, wenn es sich "lohnt". Nur dann, wenn der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte ohne jede vorherige Überlegung ausschlägt,

1) Besteht in dem hier zugrunde liegenden Fall der Nachlaß ausschließlich aus Zugewinn, so gewährt die erbrechtliche Lösung 5.000 DM, die güterrechtliche aber 5.675 DM (5.000 DM Zugewinn und 675 DM, die sich als Quote von 1/8 von 5.000 DM berechnen); vgl. zur Berechnung John, ErbR Rdnr. 230.

kann es zum umgekehrten Ergebnis kommen.

Da die eventuelle Schlechterstellung des Zugewinnsgemeinschaftsehegatten gegenüber dem Gütertrennungsehegatten also nur durch eine zu spontane, unüberlegte Ausschlagung seitens des Zugewinnsgemeinschaftsehegatten selbst zustande kommen kann, ist es verfehlt, in Fällen dieser Art von einem Wertungswiderspruch zu sprechen. Das Gesetz selbst gibt dem Zugewinnsgemeinschaftsehegatten die Möglichkeit, nie geringer am Nachlaß beteiligt zu sein als der Gütertrennungsehegatte.

Ein anderes Ergebnis ergibt sich auch nicht im Hinblick auf die kurze Ausschlagungsfrist des § 1944. Zwar stehen dem Zugewinnsgemeinschaftsehegatten nur sechs Wochen für seine Entscheidung zur Verfügung, in denen er darüber hinaus noch durch die Ereignisse physisch und psychisch überfordert sein kann; es besteht jedoch bei § 1944 ein Interessenwiderstreit, da die Interessen der anderen am Nachlaß Beteiligten eine schnelle Klärung der Rechtslage fordern und damit die Festlegung ihrer eigenen Ansprüche. Im übrigen besteht die enge Möglichkeit, die Ausschlagung nach den §§ 1954 ff. anzufechten. Ein Wertungswiderspruch liegt in den Fällen der vorliegenden Art nicht vor.

(2) Der zugewandte Erbteil ist größer als der Pflichtteil

Bei der Annahme des zugewandten Erbteils sind Zugewinnsgemeinschaftsehegatte und Gütertrennungsehegatte in gleich hoher Weise am Nachlaß beteiligt. Pflichtteilsrestansprüche bestehen hier nicht.

Im Fall der Ausschlagung erhält der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte die Pflichtteilsquote von $\frac{1}{8}$ und den eventuellen Zugewinnausgleichsanspruch. Der Gütertrennungsehegatte

geht im Fall der Ausschlagung leer aus.

Ein Wertungswiderspruch liegt in dieser Fallvariante nicht vor.

(3) Der zugewandte Erbteil ist größer als der Pflichtteil, aber beschränkt und beschwert¹⁾²⁾

Ist der Erbteil größer als der Pflichtteil, aber beschränkt oder beschwert, so können der Zugewinnngemeinschaftsehegatte und der Gütertrennungsehegatte diese Zuwendung annehmen oder ausschlagen³⁾. Findet keine Ausschlagung statt, sind beide Ehegatten in gleicher Höhe am Nachlaß beteiligt. Eine Benachteiligung des Zugewinnngemeinschaftsehegatten durch den Ausbildungsanspruch nach § 1371 IV ist nicht möglich, da dieser Anspruch nur bei der erbrechtlichen Lösung eingreifen kann.

Ein Wertungswiderspruch liegt insoweit nicht vor.

Ein Wertungswiderspruch könnte aber bei der Ausschlagung auftreten.

Der Gütertrennungsehegatte erwirbt nämlich in diesem Fall⁴⁾ den vollen Pflichtteilsanspruch⁵⁾, also entweder einen solchen mit einer Quote von 1/4, 1/6 oder 1/8 (im Fall:

1) Vgl. dazu Fall I.4.c), S. 6 f.

2) Gemeint sind sämtliche Alternativen des § 2306.

3) Dazu Soergel-Dieckmann, § 2306 Rz. 8.

4) Vgl. dazu Fall I.4.c), bb), S. 7.

5) Soergel-Dieckmann, § 2306 Rz. 8.

2.500 DM, 1.666,66 DM oder 1.250 DM).

Schlägt aber der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte den beschränkten oder beschwerten Erbteil aus, so verbleibt ihm lediglich der kleine Pflichtteil neben einem etwaigen Anspruch auf den Ausgleich des Zugewinns. Für seine Entscheidung zur Ausschlagung, die reiflich überlegt sein muß, kommt es auch hier darauf an, was der hinterlassene Erbteil mit seinen Beschränkungen und Beschwerungen wirtschaftlich gegenüber dem kleinen Pflichtteil und der eventuellen Ausgleichsforderung wert ist¹⁾. Nicht nur das speziell gewählte Beispiel zeigt also, daß der Gütertrennungsehegatte durch die Ausschlagung bei fehlendem Zugewinn eine materiell günstigere Position erreichen kann als der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte. Das gilt hier sowohl für den Fall, daß der Gütertrennungsehegatte mit einem als auch mit zwei Kindern zusammentrifft.

Auch hier könnte man aber geneigt sein, das Vorliegen eines Wertungswiderspruchs abzulehnen, da der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte seine schlechtere Position nur durch eine Ausschlagung erreicht²⁾. Beließe er es trotz der Beschwerungen und Beschränkungen bei der testamentarischen Regelung, wäre er nie geringer am Nachlaß beteiligt als der Gütertrennungsehegatte.

Die "normale" Ausschlagung³⁾ und die hier vorliegende Form der Ausschlagung sind jedoch nicht vergleichbar, da im hier gegebenen Fall die Ausschlagung auch durch die

1) Soergel-Dieckmann, § 2306 Rz. 8.

2) Vgl. dazu oben S. 43 ff.

3) Vgl. dazu oben S. 39 ff.

Beschränkungen und Beschwerden motiviert sein kann, es also darum geht, sich dieser Beschränkungen und Beschwerden zu entledigen. Zu beachten ist nämlich, daß sich der Ehegatte die Beschränkungen und Beschwerden auch dann gefallen lassen muß, wenn er dadurch weniger empfängt als sein Pflichtteil ausmacht¹⁾. Beim Zugewinnngemeinschaftsehegatten ist die hier relevante Pflichtteilsquote die nach § 1371 I erhöhte Quote mit dem Wert von $\frac{1}{4}$; beim Gütertrennungsehegatten ist die von der Kinderzahl abhängige variable Quote relevant²⁾.

Die Beschränkungen und Beschwerden können also so belastend sein, daß sie einer Enterbung gleichkommen, wobei von einer Enterbung sicherlich dann mit Recht gesprochen werden kann, wenn der Zugewinnngemeinschaftsehegatte durch die Belastungen weniger erhält als bei einer Enterbung gemäß § 1938, also weniger als den Wert des kleinen Pflichtteils mit dem Quotenwert von $\frac{1}{8}$.

Der Gütertrennungsehegatte kann sich diesem "Übel" durch die Ausschlagung entziehen. Nach der Ausschlagung erhält er seinen vollen Pflichtteilsanspruch³⁾. Der Gütertrennungsehegatte erhält also zumindest eine schuldrechtliche Beteiligung in Höhe von $\frac{1}{4}$, $\frac{1}{6}$ oder $\frac{1}{8}$ des Nachlaßwertes. Der Gütertrennungsehegatte steht sich somit trotz der Zuwendung eines Erbteils also nie schlechter als bei einer Enterbung.

Auch der Zugewinnngemeinschaftsehegatte kann sich von diesem

1) Soergel-Dieckmann, § 2306 Rz. 8; MüKo-Frank, § 2306 Rz. 14.

2) Vgl. dazu Tabelle I.

3) Soergel-Dieckmann, § 2306 Rz. 8.

"Übel" durch Ausschlagung befreien, doch bleibt ihm eben nur der kleine Pflichtteil mit dem Quotenwert von $\frac{1}{8}$ und der eventuelle Zugewinnausgleichsanspruch.

Der hier zugrunde liegende Fall zeigt also neben weiteren denkbaren Fallkonstellationen deutlich, daß der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte geringer am Nachlaß beteiligt wird als der Gütertrennungsehegatte.

Der Annahme eines Wertungswiderspruches könnte aber entgegen gehalten werden, daß der Gütertrennungsehegatte bei der Ausschlagung der gesetzlichen Erbfolge oder der Zuwendung einer Beteiligung in entsprechender Höhe "leer" ausgeht, während der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte gemäß § 1371 III trotz der Ausschlagung noch die kleine Pflichtteilsquote und den eventuellen Zugewinnausgleich erhält. Eine vermutete Unbilligkeit ergibt sich aus der Erwartung, die Ausschlagung führe dazu, daß die Ehegatten nicht mehr am Nachlaß beteiligt sind. § 1371 III sieht aber vor, daß der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte bei der Ausschlagung den Pflichtteilsanspruch in Höhe von $\frac{1}{8}$ auch dann erhält, wenn er ihm nach den erbrechtlichen Bestimmungen nicht zusteht.

Daher könnte man der Auffassung sein, daß die Unbilligkeit in den Fällen, in denen der Gütertrennungsehegatte bei der Ausschlagung eines belasteten oder beschwerten Erbteils besser steht als der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte die angebliche Unbilligkeit in den Fällen, in denen der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte trotz Ausschlagung im Gegensatz zum Gütertrennungsehegatten noch Ansprüche gegen den Nachlaß hat, kompensiert. Ein Wertungswiderspruch wäre damit im Ergebnis abzulehnen.

Eine solche Betrachtungsweise ignoriert aber die grundsätzliche Motivation des Zugewinnsgemeinschaftsehegatten

zur Ausschlagung. Er soll nämlich, wenn er die Erbschaft ausschlägt, um die Zugewinnausgleichsforderung geltend machen zu können, nicht auch noch den Verlust des Pflichtteils hinnehmen müssen¹⁾. Der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte soll zwischen der Erbschaft oder dem ihm hinterlassenen Vermächtnis einerseits und dem Pflichtteil nebst der eventuellen Ausgleichsforderung andererseits wählen können. Die Ausschlagung seitens des Zugewinnsgemeinschaftsehegatten geschieht also grundsätzlich nicht, um jegliche Ansprüche gegen den Nachlaß zu verlieren, sondern um die Ausgleichsforderung zu erlangen.

Die Tatsache, daß der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte trotz der Ausschlagung noch Ansprüche nach der güterrechtlichen Lösung besitzt, ist nicht unbillig und daher auch nicht geeignet, die Bejahung eines Wertungswiderspruches abzulehnen.

Ein Wertungswiderspruch liegt daher in den Fällen vor, in denen der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte drückende oder unangenehme Belastungen durch die Ausschlagung umgehen will und der Gütertrennungsehegatte im Parallellfall bei gleicher Motivation trotz der Ausschlagung höher am Nachlaß beteiligt wird als der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte.

3. Zusammenfassung

Die Motivation und die gesetzliche Ausgestaltung der beiden Güterstände der Zugewinnsgemeinschaft und der Gütertrennung legen es nahe, daß der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte bei der Beendigung der Ehe grundsätzlich nicht geringer am Nachlaß beteiligt sein sollte als der Gütertrennungsehegatte.

1) Staudinger-Thiele, 12. Aufl. § 1371 Rz. 86.

Da sich diese Erwartungen aber nicht in jeder Fallkonstellation bei Beendigung der Ehe bestätigen, spricht man von Wertungswidersprüchen.

Die obigen Ausführungen haben gezeigt, daß aber nicht in jedem Fall, in dem der Zugewinnngemeinschaftsehegatte bei Beendigung der Ehe im Verhältnis zum Gütertrennungsehegatten geringer am Nachlaß beteiligt wird, Wertungswidersprüche vorliegen.

Es ist bereits zu Beginn der Untersuchung festgestellt worden, daß die Bejahung eines Wertungswiderspruches von drei Komponenten abhängig ist, nämlich den Motiven der Güterstände, den materiellen Ergebnissen und der Art und Weise des Zustandekommens dieser Ergebnisse. Gerade der letzte Aspekt läßt die tatsächliche materielle Beteiligung der Ehepartner am Nachlaß nicht immer als wertungswidersprüchlich erscheinen, obwohl der Zugewinnngemeinschaftsehegatte geringer am Nachlaß beteiligt ist als der Gütertrennungsehegatte.

Die Untersuchungen haben gezeigt, daß nicht in jedem Falle einer Enterbung ein Wertungswiderspruch vorliegt. Besteht der Nachlaß ausschließlich oder überwiegend aus Zugewinn, liegt kein Wertungswiderspruch vor, da der Zugewinnngemeinschaftsehegatte immer höher am Nachlaß beteiligt ist als der Gütertrennungsehegatte. Ein Wertungswiderspruch liegt bei der Enterbung auch dann nicht vor, wenn der Zugewinnngemeinschaftsehegatte den höheren Zugewinn erwirtschaftet hat. Hier ist nämlich zu berücksichtigen, daß der Zugewinnngemeinschaftsehegatte trotz des höheren Zugewinns nie ausgleichungspflichtig ist.

Ein Wertungswiderspruch bei der Enterbung liegt aber vor, wenn kein Zugewinn erwirtschaftet wurde und der Erblasser ein Kind oder zwei Kinder hinterlassen hat.

Auch bei der Ausschlagung liegt nicht in jedem Fall ein Wertungswiderspruch vor, wenn der Zugewinnngemeinschaftsehegatte geringer am Nachlaß beteiligt ist als der Gütertrennungsehegatte. Bei der Ausschlagung ist nämlich zu berücksichtigen, daß eine schlechtere Beteiligung oft auf einem unüberlegten Verhalten des Zugewinnngemeinschaftsehegatten beruht.

Das Vorliegen eines Wertungswiderspruches wird nur dann bejaht, wenn der Zugewinnngemeinschaftsehegatte drückende oder unangenehme Belastungen durch die Ausschlagung umgehen will und der Gütertrennungsehegatte im Parallellfall bei gleicher Motivation trotz der Ausschlagung höher am Nachlaß beteiligt wird als der Zugewinnngemeinschaftsehegatte. Eine höhere Nachlaßbeteiligung des Gütertrennungsehegatten kommt aber nur in Betracht, wenn mindestens ein Kind, aber nicht mehr als zwei Kinder vorhanden sind.

III. Ein Wahlrecht als Lösungsmöglichkeit

1. Überwindung des Wertungswiderspruches

Es ist festgestellt worden, daß nicht in jedem Fall der Beendigung der Ehe durch den Tod eines Partners, sondern nur in bestimmten Fällen der Enterbung und der Ausschlagung ein Wertungswiderspruch vorliegt.

Diese Feststellung zwingt dazu, die bestehenden Wertungswidersprüche durch eine praktikable Lösung zu überwinden. Das ist erst erreicht, wenn der Zugewinnngemeinschaftsehegatte in den beschriebenen Fallkonstellationen¹⁾ nicht ge-

1) Vgl. dazu Fall I.3.a), b), S. 4f. und Fall I.4.c), S. 6 f.

ringer am Nachlaß beteiligt ist als der Gütertrennungsehegatte.

Das Gesetz selbst bietet keine Lösungsmöglichkeit. Als Lösungsmöglichkeit zur Überwindung der Wertungswidersprüche bietet sich aber ein Wahlrecht an.

2. Die Wahltheorie

Im weiteren Umfeld des hier interessierenden Problemkreises gab es schon einmal eine Diskussion um das Wahlrecht¹⁾. Dieser Meinungsstreit entstand mit der Einführung des § 1371 und der Zugewinnngemeinschaft als gesetzlichem Güterstand. Er entzündete sich an der Frage, ob der Ehegatte aus einer Zugewinnngemeinschaftsehe, der entweder enterbt ist oder ausgeschlagen hat, das Recht hat, statt der güterrechtlichen Lösung den großen Pflichtteil der erbrechtlichen Lösung in Höhe von 1/4 des Nachlasses zu verlangen.

§ 1371 gewährt dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten, der zum Erben berufen oder dem ein Vermächtnis ausgesetzt ist, die Möglichkeit, durch die Ausschlagung der Erbschaft oder des Vermächtnisses sich den Weg zur güterrechtlichen Lösung zu eröffnen und damit zum kleinen Pflichtteil und dem Zuge-

1) BGHZ 42, 182 ff.; BGH NJW 1964, 2404 ff.; OLG Stuttgart, FamRZ 1964, 631 ff.; Braga, FamRZ 1957, 334 ff.; Reinicke, BB 1958, 575; Reinicke, NJW 1958, 121 ff.; Reinicke, NJW 1958, 932 ff.; Johannsen, FamRZ 1961, 18 ff.; Lange, NJW 1957, 1381 ff.; NJW 1958, 288 ff.; NJW 1965, 369 ff.; Rittner, DNotZ 1958, 181 ff.; Bärmann, ACP 157, 188 ff.; Boehmer, NJW 1958, 525 ff.; Dölle, FamR, S. 773 ff., 791; Gernhuber, FamR, S. 532; Beitzke, FamR, S. 116; Soergel-Dieckmann, § 2303 Rz. 29; Staudinger-Perid, 10./11. Aufl., § 2303 Rz. 42 ff.

winnausgleich. Das Gesetz gibt dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten damit praktisch ein Wahlrecht¹⁾. Dieses Wahlrecht ist aber unproblematisch und interessiert hier nicht.

Die Wahltheorie entzündete sich aber erst an der Frage, ob dann, wenn die güterrechtliche Lösung Platz greift, sei es durch Ausschlagung, sei es durch testamentarische Verfügung, der Zugewinnngemeinschaftsehegatte die Wahl zwischen dem kleinen Pflichtteil und dem Zugewinnausgleich einerseits und dem großen Pflichtteil andererseits hat²⁾. Die Anerkennung dieses Wahlrechts würde dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten den Weg zur erbrechtlichen Lösung öffnen und ihm damit bei der Ausschlagung ein zweites bzw. bei der Enterbung ein erstes Wahlrecht zubilligen³⁾.

Praktische Bedeutung bekommt dieser Streit dann, wenn sich im konkreten Fall bei der Ermittlung des Zugewinns nach den §§ 1373 ff. herausstellt, daß nur ein geringer oder kein Zugewinn vorhanden ist. Hier steht dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten nur der Anspruch auf den kleinen Pflichtteil zu; der ihm ebenfalls zustehende Zugewinnausgleichsanspruch ist nur von theoretischer Bedeutung, so daß die kleine Pflichtteilsquote in Verbindung mit dem Zugewinn nicht den Wert der großen Pflichtteilsquote erreicht.

Heute ist diese Streitfrage um die Wahltheorie für die

1) John, ErbR Rdnr. 229.

2) Vgl. dazu Beitzke, FamR, S. 116; John, ErbR Rdnr. 229; Staudinger-Ferid, 10./11. Aufl. § 2303 Rz. 42 r.

3) Dazu auch John, ErbR Rdnr. 229.

Praxis endgültig mit der Ablehnung des Wahlrechts beantwortet¹⁾.

Das hier angesprochene Wahlrecht kann auch nicht unmittelbar zur Lösung der aufgezeigten Wertungswidersprüche dienen, da dieses Wahlrecht auf einem anderen Sachverhalt beruht als die Ursachen der jetzt zu lösenden Wertungswidersprüche. Dennoch sollen die wesentlichen Grundgedanken der sich widersprechenden Auffassungen bei der Wahltheorie aufgezeigt werden²⁾³⁾; denn auch zur Überwindung der Wertungswidersprüche bietet sich ein Wahlrecht an. Da aber auch ein solches Wahlrecht gesetzlich nicht geregelt ist, ist es möglich, daß die Argumente im Rahmen der Wahltheorie bei dem hier interessierenden Wahlrecht teilweise identisch sind oder sich modifiziert wiederfinden. Die allgemeine Wahlrechtsproblematik kann daher schon aufgezeigt werden.

Die Befürworter des Wahlrechts⁴⁾ wollten dem Zugewinngemeinschaftsehegatten in den oben bezeichneten Fällen ein Wahl-

-
- 1) Stellvertretend: BGHZ 42, 182 ff.; Lange-Kuchinke, ErbR S. 596 ff.; Bohnen, Diss. S. 46 ff.; Hartmann, Diss S. 72 ff.; MüKo-Gernhuber, § 1371 Rz. 35.
 - 2) Ausführliche Darstellungen der gegensätzlichen Meinungen: Hampel, FamRZ 1958, 162 ff.; Bohnen, Diss. S. 46 ff.; Hartmann, Diss S. 72 ff.; Staudinger-Ferid, 10./11. Aufl. § 2303 Rz. 42 ff.
 - 3) Die Darstellung der Wahlrechtsproblematik folgt der heute ganz überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur. Der Verfasser stellt den ehemaligen Meinungsstreit ohne eigene Stellungnahme dar. Lediglich die Abschnittsüberschriften geben schon vorweg das Ergebnis wieder.
 - 4) Bärmann, AcP 157, 188 ff.; Rittner, DNotZ 1958, 181 ff.; Lange, NJW 1957, 1381 ff.; NJW 1958, 288 ff.; NJW 1965, 369 ff.; Knur, Probleme, S. 8 ff.; Boehmer, NJW 1958, 525 ff.; Müller-Freienfels, JZ 1957, 686 ff.

recht zwischen der güterrechtlichen und erbrechtlichen Lösung geben.

Die überwiegende Meinung¹⁾ lehnt ein Wahlrecht ab, wenn bereits die güterrechtliche Lösung Anwendung findet. Der Zugewinnngemeinschaftsehegatte, der weder Erbe noch Vermächtnisnehmer ist, hat kein Wahlrecht, sondern ist auf die güterrechtliche Lösung beschränkt²⁾. Hierbei spielt es keine Rolle, ob ein Zugewinnausgleichsanspruch überhaupt besteht.

a) Kein Wahlrecht aus dem Wortlaut

Beide Meinungen berufen sich zur Begründung auf den Wortlaut des § 1371 II³⁾.

Der rückbezügliche Ausdruck "in diesem Falle" in § 1371 II 2. Hs hat zu Zweifeln geführt, für welchen Fall die güterrechtliche Lösung gilt: ob der Zugewinnngemeinschaftsehegatte, der weder Erbe noch Vermächtnisnehmer sei, stets auf die güterrechtliche Lösung beschränkt sei oder nur dann, wenn er den Ausgleich des Zugewinns auch tatsächlich verlange?

Die Befürworter des Wahlrechts⁴⁾ beziehen die streitige Wendung auf die Rechtsfolge des § 1371 II 1. Hs, also auf die Entscheidung für den Zugewinnausgleich. Werde der Zugewinnausgleich geltend gemacht, könne zusätzlich nur noch

1) Stellvertretend: BGHZ 42, 182 ff.; Reinicke, NJW 1958, 122 ff. und 932 ff.; Gernhuber, FamR S. 532; Soergel-Dieckmann, § 2303 Rz. 99 mit zahlreichen Literaturangaben.

2) Staudinger-Perid, 10./11. Aufl. § 2303 Rz. 42 r ff. mit zahlreichen Literaturangaben.

3) Staudinger-Perid, 10./11. Aufl. § 2303 Rz. 42 x; besonders ausführlich Rittner, DNotZ 1958, 181 ff.

4) Wie Fn. 4, S. 55.

die kleine Pflichtteilsquote verlangt werden.

Die ablehnende Auffassung¹⁾ bezieht die Wendung auf den Tatbestand des § 1371 II 1. Hs und führt aus, daß der Zugewinnungsgemeinschaftsehegatte nur die Ansprüche nach der guterverrechtlichen Lösung besitze, wobei es unerheblich sei, ob der Zugewinn überhaupt verlangt werde oder verlangt werden könne, weil er ohne Wert sei.

Im Ergebnis muß aber festgestellt werden, daß eine rein grammatikalische Interpretation beide Auslegungen rechtfertigen kann²⁾, wobei jedoch zu bemerken ist, daß der Wortlaut wegen der fehlenden Erwähnung eines solchen Wahlrechts eher gegen das Wahlrecht spricht³⁾. Ein zwingender Schluß ist daraus für die Streitfrage jedoch nicht zu gewinnen.

b) Materielle Erwägungen gegen das Wahlrecht

aa) Erb- oder guterverrechtliche Deutung des § 1371 I

Für ein Wahlrecht wird vorgebracht, daß § 1371 I erbrecht-

1) Stellvertretend: BGHZ 42, 182 ff.; Reinicke, NJW 1958, 122 ff. und 932 ff.; Gernhuber, FamR S. 532; Soergel-Dieckmann, § 2303 Rz. 29 mit zahlreichen Literaturangaben.

2) Staudinger-Ferid, 10./11. Aufl. § 2303 Rz. 42 y; Soergel-Dieckmann, § 2303 Rz. 29.

3) Im Ergebnis so: BGHZ 42, 186; Schwab, JuS 1965, 433; dagegen: Lange, NJW 1958, 288: "Eine unbefangene sprachliche Auslegung dürfte eher zur ersteren, also zum Wahlrecht, als zur zweiten Auslegung führen".

liche Bahnen beschreite, wobei dafür lediglich eine güterrechtliche Motivation gegeben sei, die ihrerseits durch das Gesetz aber als unerheblich bezeichnet werde, indem das Gesetz im § 1371 I ausführe: "...hierbei ist es unerheblich, ob die Ehegatten im einzelnen Fall einen Zugewinn erzielt haben"¹⁾.

Daneben sei auch die güterrechtliche Lösung des § 1371 III "vorwiegend" erbrechtlich ausgestaltet, da der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte den Pflichtteil unabhängig von einer vorherigen Ausschlagung stets erhalte²⁾.

Die Befürworter des Wahlrechts erblicken darin ein erbrechtliches Übergewicht. Daher sei die erbrechtliche Lösung auch der Regelfall³⁾, mit deren Hilfe im Todesfall die schwierige Berechnung des Zugewinns vermieden werde⁴⁾. Die güterrechtliche Lösung als Ausnahme greife nur ein, um Nachteile der erbrechtlichen Lösung zu mindern.

Die Wahlrechtsgegner sehen in § 1371 aber keine Norm, die die erbrechtliche Stellung des Zugewinnsgemeinschaftsehegatten schlechthin verbessern solle⁵⁾. § 1371 sei gü-

1) Vgl. Lange, NJW 1957, 1384; NJW 1965, 370; Rittner, DNotZ 1958, 189; Dittmann, DNotZ 1962, 183.

2) Hierzu auch Lange, NJW 1957, 1384; Niederländer, NJW 1960, 1741 f.

3) Lange, ErbR S. 441.

4) Vgl. auch Schwarz, S. 48; Lange, NJW 1957, 1384; Hartmann, Diss. S. 73 f. mit zahlreichen Literaturangaben.

5) BGHZ 42, 188; Sturm, NJW 1961, 1439; Thiele, FamRZ 1958, 395; Hampel, FamRZ 1958, 164; Soergel-Lange, § 1371 Rz. 5; MüKo-Gernhuber, §1371 Rz. 1.

terrechtlich motiviert, aber erbrechtlich ausgestaltet¹⁾.

Die erbrechtliche Lösung habe nur dienende Funktion, während der konkrete Zugewinnausgleich die Grundform sei und ihr damit gegenüber der erbrechtlichen Lösung der Vorrang gebühre.

Nur das Recht auf die güterrechtliche Lösung sei unentziehbar²⁾. Der große Pflichtteil, der eine güterrechtliche Quote enthalte, komme nur bei der erbrechtlichen Lösung in Betracht. Der güterrechtliche Quotenteil des großen Pflichtteils unterliege nicht den Garantien der §§ 2303 ff. Somit sei eine scharfe Grenzziehung zwischen der erbrechtlichen und der güterrechtlichen Lösung möglich. Dieses vermöge die Wahltheorie nicht³⁾.

Der Anwendungsbereich der erbrechtlichen Lösung ende, wenn der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte weder Erbe noch Vermächtnisnehmer sei.

bb) Wahlrecht und Testierfreiheit

Darüberhinaus habe der Gesetzgeber dem Zugewinnsgemeinschaftsehegatten nicht das Recht geben wollen, ohne Rücksicht auf die letztwillige Verfügung des Erblassers stets den Pflicht-

1) Dazu BGHZ 37, 58 ff.; BGHZ 42, 187 f.; Hampel, FamRZ 1958, 165; Sturm, NJW 1961, 1439; MÜKo-Gernhuber, § 1371 Rz. 1; Staudinger-Thiele, 12. Aufl. Vorbemerkung zu § 1371 Rz. 10.

2) Im Ergebnis so: Finke, BB 1956, 1079; Maßfeller, DB 1957, 526; Thiele, FamRZ 1958, 395.

3) Vgl. Hartmann, Diss. S. 79 f.

teil nach Maßgabe des erhöhten gesetzlichen Erbteils zu verlangen¹⁾.

Diesem Argument widersprechen die Befürworter des Wahlrechts. Die Entscheidung, ob dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten der große Pflichtteil nach der erbrechtlichen Lösung oder der kleine Pflichtteil nebst eventuellem Zugewinnausgleichsanspruch zustehe, dürfe nicht beim Erblasser liegen, da das mit dem Grundsatz des unentziehbaren Pflichtteilsrechts nicht übereinstimme^{2) 3)}. Diese Entscheidung müsse beim Zugewinnngemeinschaftsehegatten bleiben. Hierfür biete das Wahlrecht, das stets den großen Pflichtteil ermögliche, den besten Schutz gegenüber der Testierfreiheit des Erblassers⁴⁾.

Dieser Auffassung wird entgegengehalten, daß der Gesamtkonzeption des § 1371 zu entnehmen sei, daß weder dem Erblasser noch dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten jeweils die Möglichkeit gegeben sein solle, dem anderen gegen seinen Willen die erbrechtliche Lösung aufzuzwingen. Die pauschale erbrechtliche Regelung des § 1371, die die tatsächlichen Zugewinnergebnisse auf den Kopf stellen könne, sei nicht alleinige gesetzliche Regelung geworden, sondern habe dem Ehegatten in § 1371 II, III das Recht gewährt, sich über die erbrechtliche Lösung hinwegzusetzen

1) BGHZ 42, 187.

2) Lange, NJW 1965, 371; Rittner, DNotZ 1958, 193 f.

3) Ausführlich zu dem Problemkreis der Bestimmung der Pflichtteilsquoten bei der Wahltheorie: Niederländer, NJW 1960, 1738 f.

4) Niederländer, NJW 1960, 1738 f.

und den güterrechtlichen Ausgleich zu verlangen¹⁾. Da sich der Zugewinngemeinschaftsehegatte über die erbrechtliche Lösung hinwegsetzen könne und damit dem Willen des Erblassers zuwider laufen könne, müsse aber andererseits auch der Erblasser in der Lage sein, dem Zugewinngemeinschaftsehegatten allein die Beteiligung nach der güterrechtlichen Lösung zuzuweisen, ohne daß diesem die Möglichkeit gegeben werde, sich über den Erblasserwillen hinwegzusetzen und die erbrechtliche Lösung zu wählen²⁾.

Die Anerkennung eines Wahlrechts führe darüberhinaus zu einer Einschränkung der Testierfreiheit des Erblassers³⁾, für die angesichts der Tatsache, daß der Zugewinngemeinschaftsehegatte nach § 1371 II jedenfalls den Ausgleich eines tatsächlichen Zugewinnüberschusses in Verbindung mit dem kleinen Pflichtteil erhalte, kein Anlaß bestehe⁴⁾. Aus teleologischen Erwägungen heraus müsse dem Zugewinngemeinschaftsehegatten nur dann stets der Zutritt zur erbrechtlichen Lösung gewährt werden, wenn dessen erbrechtliche Stellung generell hätte verstärkt werden sollen⁵⁾.

Das sei aber nicht geschehen. Der Gesetzgeber sei gerade nicht soweit gegangen, den gesetzlichen Erbteil des Zugewinngemeinschaftsehegatten ohne Rücksicht auf den Güterstand schlechthin zu erhöhen⁶⁾.

1) BGHZ 42, 187; auch Hartmann, Diss. S. 81 mit weiteren Literaturangaben; Soergel-Dieckmann, § 2303 Rz. 29.

2) Im Ergebnis so: BGHZ 42, 188.

3) Dazu Hampel, FamRZ 1958, 165; auch Harder, ErbR S. 20; Gernhuber, FamR S. 532.

4) Harder, ErbR S. 20.

5) BGHZ 42, 188; Henrich, FamR S. 80; Staudinger-Ferid, 10./11. Aufl. § 2303, 43 b.

6) Vgl. dazu Henrich, FamR S. 80; Soergel-Lange, § 1371
P. 15.

Habe der verstorbene Ehegatte den Zugewinnngemeinschafts-
ehegatten von seinem Nachlaß ausgeschlossen, so habe er
ihn zugleich ausschließlich auf die güterrechtliche Lö-
sung verwiesen¹⁾. Dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten
sei es dann verwehrt, über den großen Pflichtteil doch
wieder auf die erbrechtliche Lösung zurückzukommen²⁾.

Diese Auslegung gelte auch dann, wenn der Zugewinnngemein-
schaftsehegatte seinen Ausschluß vom Nachlaß durch die
Ausschlagung des Erbteils oder des Vermächtnisses erreicht
habe.

cc) Bestimmung der Erb- und Pflichtteilsquoten durch den
Zugewinnngemeinschaftsehegatten

Auch das folgende Argument spreche gegen ein Wahlrecht;
denn mit der Entscheidung für die erbrechtliche oder die
güterrechtliche Lösung bestimme der Erblasser die Erb-
und Pflichtteilsquoten der Pflichtteilsberechtigten³⁾.
Diese Gestaltungsmöglichkeit möge dem geltenden Erbrecht
fremd sein, doch führe auch die Anerkennung des Wahl-
rechts zu solcher Möglichkeit, eben nur in der Person
des Zugewinnngemeinschaftsehegatten⁴⁾. Das sei mit den
Grundsätzen des Erbrechts so wenig vereinbar wie ein Be-
stimmungsrecht des Erblassers.

Auch das Argument, das Bestimmungsrecht des Erblassers für
die erb- oder güterrechtliche Lösung führe zu einem Ver-
stoß gegen den Grundsatz der Unentziehbarkeit der Pflicht-
teilsquoten⁵⁾, greife nicht; denn es sei zu bedenken, daß

1) BGHZ 42, 189.

2) BGHZ 42, 189; Schwab, JuS 1965, 434.

3) Dazu BGHZ 42, 189 f.; Schwab, JuS 1965, 434.

4) Dazu Schwab, JuS 1965, 435.

5) So aber Lange, ErbR S. 442.

es dem Gesetzgeber freistehe, bei einer Neuregelung Ausnahmen von bisher geltenden Grundsätzen zu schaffen. Daneben sei zu beachten, daß § 1371 nicht ohne weiteres an den erbrechtlichen Grundprinzipien gemessen werden könne¹⁾. Es müsse vielmehr berücksichtigt werden, daß es sich hier im Grunde um eine Rechtsfolge des ehelichen Güterrechts handle, welche aus Zweckmäßigkeitsgründen erbrechtlichen Ausdruck gefunden habe²⁾.

dd) Eigentümliche Ergebnisse bei der Ablehnung des Wahlrechts

Bei der Ablehnung des Wahlrechts komme es zu seltsamen Ergebnissen, wenn der Erblasser den Zugewinnngemeinschaftsehegatten mit einem winzigen Erbteil oder einem winzigen Vermächtnis bedacht habe³⁾. In diesen Fällen könne der Zugewinnngemeinschaftsehegatte annehmen und die Pflichtteilsrestansprüche nach dem § 2305 geltend machen oder sich für die güterrechtliche Lösung entscheiden.

Sei der Zugewinnngemeinschaftsehegatte dagegen enterbt, habe er bei der Ablehnung eines Wahlrechts nur den Anspruch auf die konstante Pflichtteilsquote von 1/8 und den eventuellen Zugewinnausgleichsanspruch⁴⁾.

Auch wenn die noch so geringe Zuwendung praktisch einem Ausschluß vom Nachlaß gleichkomme, führe sie im Gegensatz zu einem tatsächlichen Ausschluß immerhin noch dazu, daß der Zugewinnngemeinschaftsehegatte den großen Pflichtteil erhalte.

1) BGHZ 42, 189.

2) BGHZ 42, 189.

3) Dazu BGHZ 42, 191; Lange, NJW 1958, 288 f.; Staudinger-Ferid, 10./11. Aufl. § 2303, 43 c; Soergel-Dieckmann, § 2303 Rz. 29.

4) Im Ergebnis ebenso: BGHZ 42, 191, 192.

Während also die Voraussetzungen beinahe identisch seien, unterschieden sich die Rechtsfolgen bei der Ablehnung eines Wahlrechtes erheblich.

In diesen Fällen wird von einem "Bruch in der Kette der Zurücksetzungen" gesprochen¹⁾, da der fast enterbte Zugewinnsgemeinschaftsehegatte besser stehe als der enterbte. Nun ist aber zur Vermeidung ganz krasser Fälle in Erwägung gezogen worden, ob nicht der fast enterbte Ehegatte dem enterbten gleichgestellt werde²⁾. Dagegen wird aber vorgetragen, daß dann an die Stelle der verfehlten, aber immerhin klaren Grenzziehung des § 1371 II "etwas oder nichts" eine nicht minder verfehlte, aber unsichere und willkürliche Abgrenzung treten würde³⁾.

c) Formelle Erwägungen gegen das Wahlrecht

Ferner wird das Wahlrecht abgelehnt, weil es keine gesetzliche Regelung erfahren habe, obwohl gerade eine so bedeutungsvolle Institution wie ein derartiges Wahlrecht in hohem Maße regelungsbedürftig sei⁴⁾.

Es fehlten jegliche Bestimmungen darüber, wie die Wahl ausgeübt werden solle, wie lange die Wahlmöglichkeit bestehen bleibe, wodurch das Wahlrecht untergehe und wie die Pflichtteilsberechtigten den Zugewinnsgemeinschaftsehegatten zu einer Entscheidung bezüglich der erb- oder güter-

1) Schwab, JuS 1965, 435.

2) Hierzu BGHZ 42, 191 f.

3) Schwab, JuS 1965, 435.

4) Hampel, FamRZ 1958, 166; Schwab, JuS 1965, 435;
Staudinger-Ferid, 10./11. Aufl. § 2303 Rz. 43.

rechtlichen Lösung zwingen könnten¹⁾²⁾.

Das Fehlen jeglicher Regeln habe zur Folge, daß bis zur Verjährung des Pflichtteilsanspruchs (§ 2332 I) und des Zugewinnausgleichsanspruches (§ 1378 IV) Ungewißheit über die Pflichtteilsrechte bestehe; denn die Höhe der Pflichtteilsquoten der übrigen Pflichtteilsberechtigten hänge von der Entscheidung des Zugewinnungsgemeinschaftsehegatten ab. Ebenso sei zu bedenken, daß beim Vorhandensein von Minderjährigen die Verjährung wegen § 204 noch viele Jahre gehemmt sein könne³⁾.

Die von den Befürwortern des Wahlrechts⁴⁾ vorgeschlagene entsprechende Anwendung des § 2307 II⁵⁾ sei nicht möglich, denn Fristbindungen in der Art des § 2307 II könnten nur dort bestehen, wo der Gesetzgeber sie anordne. Niemand müsse mit einer Ausschlußfrist für sein Recht rechnen, wenn diese nicht dem Gesetz entnommen werden könne⁶⁾⁷⁾.

d) Ergebnis

Als Ergebnis läßt sich daher aus der Sicht der heute ganz überwiegenden Meinung festhalten, daß der Zugewinnungsgemeinschaftsehegatte, der weder Erbe noch Vermächtnisnehmer ist,

1) Dazu auch Schwab, JuS 1965, 435 f.; Soergel-Dieckmann, § 2303 Rz. 29; Staudinger-Ferid, 10./11. Aufl. § 2303, 43 ff.

2) Dazu auch die Vorschläge bei Hampel, FamRZ, 1958, 166, der auf die Lösungen der §§ 108 II, 177 und 1829 II verweist.

3) Vgl. Schwab, JuS 1965, 436.

4) Vgl. oben S. 55 Fn. 4.

5) Speziell Lange, NJW 1965, 371.

6) Schwab, JuS 1965, 436.

7) Vgl. zu den formellen Ergebnissen ausführlich Schwab, JuS 1965, 435 f.; Staudinger-Ferid, 10./11. Aufl. § 2303 Rz. 43 ff.

stets nur den kleinen Pflichtteil verlangen und daneben die eventuelle Zugewinnausgleichsforderung geltend machen kann. Die Möglichkeit, Pflichtteilsansprüche nach der großen Pflichtteilsquote geltend zu machen, hat der Zugewinngemeinschaftsehegatte nicht.

3. Das neue Wahlrecht

Soll zur Beseitigung der aufgedeckten Wertungswidersprüche ebenfalls ein Wahlrecht dienen, so müssen zunächst die wesentlichen Unterschiede zwischen dem oben dargestellten Wahlrecht und dem hier relevanten Wahlrecht aufgezeigt werden. Solange die oben dargestellte Diskussion um ein Wahlrecht zwischen der erb- und der güterrechtlichen Lösung geführt wurde - wobei zu bemerken ist, daß sich diese Diskussion ausschließlich in den Grenzen der Zugewinngemeinschaftsproblematik bewegte -, war der Zugewinngemeinschaftsehegatte bei dem Tod seines Partners unabhängig von irgendeiner Fallkonstellation nie geringer am Nachlaß beteiligt als der Gütertrennungsehegatte. Ungünstigstenfalls hatte der Zugewinngemeinschaftsehegatte nur den Pflichtteilsanspruch nach den §§ 1371 II, III, 2303 I 2. Satz in Höhe von 1/8 und die Chance auf den eventuellen Zugewinnausgleichsanspruch. In der vergleichbaren Fallvariante stand dem Gütertrennungsehegatten aber auch nur der Pflichtteilsanspruch in Höhe von 1/8 - allerdings ohne eventuellen Zugewinnausgleich - zu; denn sein Erbrecht und damit auch seine Pflichtteilsansprüche richteten sich ausschließlich nach den §§ 1931 I, 2303.

Erst die Einführung des § 1931 IV in das Gesetz mit Wirkung vom 1.7.1970¹⁾ hat die Diskussion um ein neues Wahl-

1) Vgl. hierzu Braga, FamRZ 1972, 105 ff.; Bosch, FamRZ 1972, 169 ff.; Haegeler, BWNotZ 1972, 130 ff.

recht wegen der seitdem bestehenden Wertungswidersprüche zwischen der Zugewinnngemeinschaft und der Gütertrennung entfacht^{1) 2)}.

Die verschiedenen Ansatzpunkte der beiden Wahlrechte verdeutlichen die Unterschiede dieser Wahlrechte. Das ergibt sich besonders daraus, daß das hier interessierende Wahlrecht seine Entstehung der Verstärkung des Erb- und Pflichtteilsrechts des Gütertrennungsehegatten durch § 1931 IV verdankt, also der Ausstrahlungswirkung eines anderen Güterstandes. Die als abgeschlossen geltende Wahlrechtsdiskussion ist hingegen wegen Ungereimtheiten der pauschalen Erbrechtsverstärkung der erbrechtlichen Lösung bei der Zugewinnngemeinschaft entstanden³⁾.

Dennoch sind gewisse Gemeinsamkeiten, verbunden mit vergleichbaren Problemen, bei beiden Wahlrechten vorhanden.

Im folgenden werden die bei der Wahltheorie⁴⁾ erwähnten Gegenargumente erneut untersucht und geprüft, ob diese in der Lage sind, ein Wahlrecht der hier interessierenden Art abzulehnen. Besondere Bedeutung kommt dabei aber dem Umstand zu, daß wegen der Ausstrahlungswirkung des § 1931 IV Wertungswidersprüche der beschriebenen Art auftreten können. Dadurch erfährt die Diskussion um das Wahlrecht eine ganz andere Dimension.

1) Vgl. zu den Quoten bei der Gütertrennung Tabelle I.

2) Vgl. zur Kritik oben S. 8 f.

3) Hierzu stellvertretend BGHZ 42, 182 ff. mit zahlreichen Literaturhinweisen.

4) Vgl. oben S. 53 ff.

Gegenstand der folgenden Untersuchung sind die materiellen Aspekte eines möglichen Wahlrechts. Dies sind die Sachargumente, die sich mit der Einpassung des Wahlrechts in das geltende Erb- und Pflichtteilsrecht befassen. Sollten insoweit keine Bedenken gegen das Wahlrecht bestehen, werden anschließend die formellen Aspekte des möglichen Wahlrechts untersucht. Bei diesen formellen Aspekten geht es um die Fragen wie, wem gegenüber und in welcher Form ein solches Wahlrecht ausgeübt wird.

a) Erb- und Pflichtteilsquoten beim Wahlrecht

Das Wahlrecht basiert auf der Überlegung, daß es nicht einem verständigen Gesamtplan des Gesetzes entsprechen könne, wenn die Gesamtbeteiligung des Zugewinngemeinschaftsehegatten am Nachlaß des verstorbenen Ehepartners in gewissen Fallvarianten geringer sein solle als bei der Gütertrennung¹⁾.

Soll zur Lösung der Wertungswidersprüche ein Wahlrecht dienen, so muß zunächst der quantitative Anspruchsumfang eines solchen Wahlrechts festgelegt werden.

Im Falle eines Wertungswiderspruchs könnte dem Zugewinngemeinschaftsehegatten statt der Ansprüche nach der güterrechtlichen Lösung immer ein Anspruch in Höhe des großen Pflichtteilsanspruches zugebilligt werden, also ein Wert in der von der Kinderzahl unabhängigen Quotenhöhe von 1/4 des Nachlasses. Hier stünde dann der Zugewinngemeinschaftsehegatte grundsätzlich besser als der

1) Dazu Bosch, FamRZ 1972, 171; vgl. auch Knur, FamRZ 1970, 276; oben, S. 50 ff.

Gütertrennungsehegatte, dessen Quoten sich nach der Kinderzahl ausrichten. Lediglich dann, wenn nur ein Kind vorhanden ist, hätten der Zugewinnngemeinschaftsehegatte und der Gütertrennungsehegatte die gleichen Ansprüche.

Für die Annahme eines solchen konstanten Pflichtteilquotenwertes spricht, daß der Zugewinnngemeinschaftsehegatte die gleiche Pflichtteilsquote hätte wie bei der gesetzlichen Erbfolge. Darüberhinaus handelt es sich um eine in der Zugewinnngemeinschaft bekannte Quotengröße, von der sich die Erb- und Pflichtteilsquoten der übrigen Nachlaßbeteiligten leicht ableiten lassen.

Gegen die Annahme einer solchen konstanten Pflichtteilsquote von $\frac{1}{4}$ spricht aber, daß dieser Quotenwert zur Erreichung des Zieles, daß der Zugewinnngemeinschaftsehegatte in bestimmten Fallkonstellationen nicht geringer am Nachlaß beteiligt sein darf als der Gütertrennungsehegatte, nicht erforderlich ist. Denn die Quoten des Gütertrennungsehegatten sind von der Anzahl der Kinder abhängig, und ab mehr als zwei Kindern erhält der Gütertrennungsehegatte konstant die Pflichtteilsquote von $\frac{1}{8}$. In Anbetracht dieser variablen Quotenwerte bedarf der Zugewinnngemeinschaftsehegatte keiner konstanten Pflichtteilsquote von $\frac{1}{4}$.

Um zu erreichen, daß der Zugewinnngemeinschaftsehegatte nie geringer am Nachlaß beteiligt ist als der Gütertrennungsehegatte im Parallelfall, bietet sich daher an, dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten Ansprüche des Umfangs zuzubilligen, wie sie der Gütertrennungsehegatte hat. Der Zugewinnngemeinschaftsehegatte hat dann Anspruch auf eine Pflichtteilsquote, die sich von der Anzahl der Kinder abhängig zeigt und somit den Wert von $\frac{1}{4}$, $\frac{1}{6}$ oder $\frac{1}{8}$ besitzt. In diesem Zusammenhang könnte man daher in

Anlehnung daran, daß der Zugewinnngemeinschaftsehegatte nicht immer die konstante Pflichtteilsquote von $\frac{1}{4}$ erhält, sondern nur eine auf die Pflichtteilsquotenwerte des Gütertrennungsehegatten beschränkte Quote von einem eingeschränkten Wahlrecht sprechen¹⁾.

Die Richtigkeit eines Anspruchsumfanges eines eingeschränkten Wahlrechts wird auch dadurch bestätigt, daß das Wahlrecht nur beim Vorhandensein von ein oder zwei Kindern erforderlich ist, da darüber hinaus statt § 1931 IV wieder § 1931 I gilt. Sind nämlich mehr als zwei Kinder vorhanden, steht der Zugewinnngemeinschaftsehegatte auch ohne ein eingeschränktes Wahlrecht bei der Enterbung und bei der Ausschlagung nicht schlechter als der Gütertrennungsehegatte. Es wäre daher willkürlich, den Zugewinnngemeinschaftsehegatten beim Vorhandensein von ein oder zwei Kindern besser stellen zu wollen als den Gütertrennungsehegatten, während ab der Kinderzahl von drei beide Ehepartner wieder gleiche Ansprüche haben. Daß der Zugewinnngemeinschaftsehegatte bei Beendigung der Ehe nicht unbedingt besser stehen muß als der Gütertrennungsehegatte, wird auch

1) Vgl. hierzu auch Knur, FamRZ 1970, 276: "...liegt es nahe, nunmehr doch die Bestimmung des § 1371 III dahin auszulegen, daß die Verstärkung des Erbrechts bei der Gütertrennung in den durch § 1931 IV gezogenen Grenzen das Pflichtteilsrecht beeinflusst." Ebenso Bosch, FamRZ 1972, 172: "Entweder mag er - was ja eindeutig ist - den kleinen Pflichtteil (regelmäßig $\frac{1}{8}$) und güterrechtlichen Zugewinnausgleich verlangen oder aber nur einen Pflichtteil, der ebenso hoch ist, wie er bei der Gütertrennung sein würde, also oft in Höhe von $\frac{1}{4}$ oder $\frac{1}{6}$ begehren."; Haegeler, BWNotZ 1972, 134.

durch die Ergebnisse bestätigt, die auftreten können, wenn die Zugewinnsgemeinschaft nicht durch den Tod, sondern durch Scheidung beendet wird¹⁾. Sollte bei einer Scheidung kein Zugewinn erwirtschaftet worden sein, so erhält der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte bei Beendigung der Ehe genauso wie der Gütertrennungsehegatte im Parallellfall nichts. Aber auch hier ist gewährleistet, daß der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte, solange er nicht selbst ausgleichspflichtig ist, bei der Beendigung der Ehe nicht schlechter steht als der Gütertrennungsehegatte. Es ist nicht einsichtig, daß der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte bei Beendigung der Ehe durch Scheidung ebenso wie der Gütertrennungsehegatte nichts erhält, während in dem Fall, in dem der plötzliche Tod des Ehepartners der Scheidung zuvorkommt, der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte besser steht als der Gütertrennungsehegatte. Diese merkwürdigen Ergebnisse können nur dadurch vermieden werden, daß die Pflichtteilsquote des Zugewinnsgemeinschaftsehegatten an die des Gütertrennungsehegatten angepaßt wird. Es kann in diesen Fällen keine Rolle spielen, ob die Ehe durch den Tod des Partners oder die Scheidung beendet wird.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß durch das eingeschränkte Wahlrecht eine Anpassung der Pflichtteilsquoten des Zugewinnsgemeinschaftsehegatten an die Pflichtteilsquoten des Gütertrennungsehegatten stattfindet²⁾. Sofern drei oder mehr Kinder vorhanden sind, besteht für ein Wahlrecht keine Rechtfertigung mehr.

1) Vgl. oben S. 31.

2) Dieckmann, FamRZ 1979, 391, der allerdings im Ergebnis ein Wahlrecht ablehnt; Lange-Kuchinke, ErbR S. 598 f.

Sind nur ein oder zwei Kinder vorhanden, so hat die Ausübung des eingeschränkten Wahlrechts zur Folge, daß die Pflichtteilsquoten des Gütertrennungsehegatten und des Zugewinnungsgemeinschaftsehegatten den gleichen Wert haben¹⁾. Damit führt das eingeschränkte Wahlrecht in Fällen, in denen der Zugewinnungsgemeinschaftsehegatte weder Erbe noch Vermächtnisnehmer ist, zu der Anerkennung einer neuen Gruppe von Pflichtteilsquoten im gesetzlichen Güterstand. Die Pflichtteilsquoten zeigen sich in einer von der Kinderzahl abhängigen variablen Größe von $\frac{1}{4}$ bei einem Kind und $\frac{1}{6}$ bei zwei Kindern.

Das eingeschränkte Wahlrecht führt somit in den oben genannten Fällen zu insgesamt drei verschiedenen Pflichtteilsquoten im gesetzlichen Güterstand: der Pflichtteilsquote von $\frac{1}{4}$ bei einem Kind, der von $\frac{1}{6}$ bei zwei Kindern, wenn sich der Zugewinnungsgemeinschaftsehegatte für die Anpassung seiner Pflichtteilsquoten an die des Gütertrennungsehegatten entschließt, und der Quotenwert von $\frac{1}{8}$ bei drei und mehr Kindern. Es ist aber zu beachten, daß ab der Kinderzahl von drei das eingeschränkte Wahlrecht nicht mehr erforderlich ist, sondern nur noch die bekannte gesetzliche Regelung der güterrechtlichen Lösung. Diese Quote von $\frac{1}{8}$ gilt auch dann, wenn der Zugewinnungsgemeinschaftsehegatte unabhängig von der Anzahl der Kinder mit der Regelung der güterrechtlichen Lösung einverstanden ist.

Diese neuen Pflichtteilsansprüche fußen im gesetzlichen Güterstand und verdanken lediglich ihre wertmäßige Gestaltung der Ausstrahlungswirkung der Gütertrennung. Das

1) Vgl. Tabelle I, III.

Wahlrecht stellt sich als eine Spielart des Pflichtteilsrechts dar.

Im folgenden werden die zwei Fallgruppen gegenübergestellt, in denen der Erblasser den Zugewinnungsgemeinschaftsehegatten mit einem bzw. mit zwei Kindern hinterläßt. Nur insoweit weist die Gütertrennung gegenüber dem gesetzlichen Güterstand beachtenswerte Besonderheiten auf. Hinterläßt nämlich der Erblasser keine Kinder oder mehr als zwei Kinder, tritt in der Gütertrennung an die Stelle des § 1931 IV wieder § 1931 I¹⁾. Diese Vorschrift gilt dann gleichermaßen für die Zugewinnungsgemeinschaft und die Gütertrennung. Sie erklärt die Pflichtteilsquote von der Anzahl der Kinder für unabhängig und weist beiden Ehegatten eine konstante Erbquote von 1/4 und eine Pflichtteilsquote von 1/8 zu.

b) Der Ehegatte und ein Kind als Hinterbliebene

Die erbrechtliche Lösung gewährt dem Zugewinnungsgemeinschaftsehegatten und dem Kind je eine gesetzliche Erbquote von 1/2 und eine Pflichtteilsquote von 1/4. Nach der güterrechtlichen Lösung erhält der Zugewinnungsgemeinschaftsehegatte eine Erbquote von 1/4 und eine Pflichtteilsquote von 1/8. Dem Kind steht eine Erbquote von 3/4 und eine Pflichtteilsquote von 3/8 zu²⁾.

Den hier erwähnten Ehegattenquoten ist gemeinsam, daß sie sich aus der gesetzlichen Ehegattenerbquote des § 1931 I bzw. der §§ 1931 I, III, 1371 I berechnen lassen; darüberhinaus werden die Quoten von der An-

1) Vgl. Tabelle I; auch Soergel-Dieckmann, § 2303 Rz. 20 ff.

2) Wie Fn. 1.

zahl der Kinder nicht beeinflusst.

aa) Bestimmung der eigenen Erb- und Pflichtteilsquoten durch den Zugewinnngemeinschaftsehegatten

Durch die Ausübung der Wahl kann der Zugewinnngemeinschaftsehegatte erreichen, so zu stehen, wie der Gütertrennungsehegatte in der parallelen Fallvariante stehen würde.

Dessen Erbquote hat den Wert von $1/2$, und seine Pflichtteilsquote hat den Wert von $1/4$.

Entscheidet sich der Zugewinnngemeinschaftsehegatte für eine Anpassung seiner Pflichtteilsquote an das Pflichtteilsrecht des Gütertrennungsehegatten, so lehnt er damit die güterrechtliche Lösung und gleichzeitig den eventuellen Zugewinnausgleich ab und bestimmt seine eigene Pflichtteilsquote. Die Möglichkeit, aus beiden Alternativen das Beste zu wählen, einmal die erhöhte Pflichtteilsquote und zum anderen den Zugewinnausgleich, besteht nicht.

(1) Verhältnis von Erb- und Pflichtteilsquote

Entscheidet sich der Zugewinnngemeinschaftsehegatte beim Vorhandensein von einem Kind für die auf $1/4$ erhöhte Pflichtteilsquote, so verdoppelt er durch seine Wahl die ihm ohne das Wahlrecht zustehende Quote des Pflichtteils von $1/8$ auf $1/4$, also um 100 %.

In diesem Zusammenhang taucht die Frage auf, ob auch die gesetzliche Erbquote eine Anpassung an die entsprechende Quote aus der Gütertrennung erfährt. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, welche Bedeutung die gesetzliche Erbquote hat.

Der gesetzlichen Erbquote kommt eine Doppelfunktion zu. Sie gibt bei der gesetzlichen Erbfolge einmal die Quote der dinglichen Beteiligung an, also inwieweit der gesetzlich Erbberechtigte Eigentümer des Nachlasses und Mitglied der Erbengemeinschaft wird, soweit keine testamentarische Verfügungen vorliegen. Darüberhinaus ist die gesetzliche Erbquote aber auch lediglich eine Berechnungsgröße; denn von der Höhe der Erbquote hängt die Größe des Pflichtteilsanspruches ab, der nach § 2303 I 2. Satz immer in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils besteht.

Daraus ist ersichtlich, daß mit der Anpassung der Pflichtteilsquote auch eine Anpassung und damit eine Erhöhung der gesetzlichen Erbquote einhergehen muß. Die Verdoppelung der gesetzlichen Erbquote auf $\frac{1}{2}$ ist auch erforderlich, da sie andernfalls der Pflichtteilsquote entspricht. Beide Quoten hätten sonst den Wert von $\frac{1}{4}$ und damit läge ein Verstoß gegen § 2303 I 2. Satz vor, nach dem die gesetzliche Erbquote den doppelten Wert der Pflichtteilsquote haben muß.

Daher kann der ursprüngliche Wert der gesetzlichen Erbquote von $\frac{1}{4}$ nicht beibehalten werden. Die Anpassung des Pflichtteilsrechts des gesetzlichen Güterstandes an das der Gütertrennung führt also nicht nur zu einer Verdoppelung der Pflichtteilsquote zugunsten des Zugewinnngemeinschaftsehegatten, sondern notwendigerweise auch zu einer Verdoppelung der Erbquote. Die Verdoppelung der Quoten paßt sich somit in das geltende System der Erb- und Pflichtteilsquoten ein. Gleichzeitig entspricht die Verdoppelung der Quoten der Regelung beim anerkannten Wahlrecht¹⁾, bei dem sich nur durch die Ausübung

1) Vgl. dazu oben, S. 53 f.

der Wahl die Erb- und Pflichtteilsquoten halbieren. Schlägt nämlich der Zugewinnngemeinschaftsehegatte die ihm zugedachte erbrechtliche Lösung aus, so bestimmt sich im Rahmen der dann geltenden güterrechtlichen Lösung die Erbquote nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil und danach wiederum die Pflichtteilsquote. Während also beim eingeschränkten Wahlrecht die Quoten verdoppelt werden, halbieren sich die Quoten bei der Ausschlagung. Die erbrechtliche Grundregel des § 2303 I 2. Satz wird in beiden Fällen beachtet.

Eine wesentliche Besonderheit bietet aber die durch Anpassung erhöhte gesetzliche Erbquote von $1/2$. Es ist zwar so, daß sich die Pflichtteilsquote immer nach dem Erbteil berechnet, der für den Betreffenden an sich als dingliche Beteiligung in Frage käme, wenn kein Pflichtteilsfall vorläge. Bei der angepaßten gesetzlichen Erbquote kann es aber nie vorkommen, daß der Zugewinnngemeinschaftsehegatte als Pflichtteilsberechtigter von Gesetzeswegen einen Erbteil derjenigen angepaßten Quote erwirbt, nach der der Pflichtteil berechnet wird, hier also $1/2$. Zwar ist dieser Erbquotenwert bei der erbrechtlichen Lösung bekannt, doch basiert er bei dieser im Gegensatz zu dem angepaßten Quotenwert auf den §§ 1371, 1931 I. Der Erbquotenwert im vorliegenden Fall ist also stets lediglich eine Berechnungsgröße, nie eine dingliche Beteiligungsgröße.

(2) Mehrfache Bedeutung der Pflichtteilsquote von $1/4$

Das eingeschränkte Wahlrecht gewährt damit bei seiner Anerkennung dem gesetzlichen Güterstand eine weitere Pflichtteilsquote von $1/4$. Somit liegen im gesetzlichen Güterstand diesem Pflichtteilsquotenwert von $1/4$ zwei verschiedene Sachverhalte zugrunde.

Zum einen nennt man diese Pflichtteilsquote auch den großen Pflichtteilsanspruch¹⁾, der sich aus dem erhöhten gesetzlichen Zugewinnngemeinschaftsehegattenerbteil berechnet. Zum anderen kommt dieser Wert aber auch wie hier in Betracht, wenn der Erblasser seinen Ehepartner, mit dem er im gesetzlichen Güterstand lebte, enterbt.

Der Gütertrennungsehegatte erhält in diesen Fallkonstellationen neben einem Kind die Pflichtteilsquote von 1/4. Daher soll auch dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten aus den oben²⁾ gemachten Erwägungen heraus beim Vorhandensein eines Kindes die Pflichtteilsquote von 1/4 zustehen.

Die Pflichtteilsquote von 1/4 gilt also einmal unabhängig von der Kinderzahl, wenn der Zugewinnngemeinschaftsehegatte Erbe oder Vermächtnisnehmer ist, zum anderen dann, wenn bei seiner Enterbung noch ein Kind existiert und er sich für die Anpassung seiner Pflichtteilsquote entscheidet. Im letzten Fall führt die Anerkennung eines eingeschränkten Wahlrechts zu dem gleichen Ergebnis wie das unbeschränkte, aber abgelehnte Wahlrecht³⁾. Das eingeschränkte Wahlrecht billigt dem Ehegatten bei einem Kind also eine um 100 % höhere Pflichtteilsquote zu als bei der Ablehnung des Wahlrechts.

Zu beachten ist aber, daß die Pflichtteilsquote von 1/4 beim eingeschränkten Wahlrecht für den Zugewinnngemeinschaftsehegatten tatsächliche Bedeutung hat, da er die Erfüllung dieses Anspruches in voller Höhe verlangen kann. Die

1) Dazu Soergel-Dieckmann, § 2303 Rz 21 ff.

2) Vgl. dazu S. 68 ff.

3) Hierzu Dieckmann, FamRZ 1979, 391.

"große Pflichtteilsquote" mit dem Wert von $\frac{1}{4}$ hat für den Zugewinnngemeinschaftsehegatten aber nur im weiteren Ausstrahlungsfeld des Pflichtteilsrechts Bedeutung, nicht aber für den ordentlichen Pflichtteilsanspruch; denn der Zugewinnngemeinschaftsehegatte ist Erbe oder doch Vermächtnisnehmer geworden. Damit fehlt es gerade an einer Grundvoraussetzung für den Anspruch auf den vollen Pflichtteil: nämlich an einer völligen Enterbung ohne Zuwendung eines Vermächtnisses. Von Bedeutung ist der große Pflichtteilsanspruch vor allem beim Pflichtteilsrestanspruch und bei den §§ 2306 ff.¹⁾.

Weiterhin berechnet sich der große Pflichtteilsanspruch auch anders als die Pflichtteilsquote von $\frac{1}{4}$ beim eingeschränkten Wahlrecht. Jener Quotenwert berechnet sich aus den §§ 1371 I, 1931 I, III, 2303 I 2. Satz und beruht auf der pauschalen Erhöhung der gesetzlichen Erbquote um $\frac{1}{4}$; die angepaßte Pflichtteilsquote hingegen verdankt ihre Höhe der Ausstrahlungswirkung des § 1931 IV.

Durch die Pflichtteilsquote von $\frac{1}{4}$ ist gewährleistet, daß der Zugewinnngemeinschaftsehegatte nicht geringer am Nachlaß beteiligt ist als der Gütertrennungsehegatte.

(3) Einschränkung der Testierfreiheit²⁾

Erachtet man es für zulässig, daß der Zugewinnngemeinschaftsehegatte als Dritter durch die Ausübung der Wahl seine ei-

1) Soergel-Dieckmann, § 2303 Rz. 24; Staudinger-Thiele, 12. Aufl. § 1371 Rz. 78 ff.

2) Ausführlich zur Testierfreiheit: Staudinger-Böhmer, 10./11. Aufl. Einleitung zu § 1922, § 12 ff.

genen Erb- und Pflichtteilsquoten in Anlehnung an die Höhe der entsprechenden Quoten der Gütertrennung bestimmen kann, so begegnen dem eingeschränkten Wahlrecht aber Bedenken. Diese beruhen darauf, daß sich der Zugewinn-gemeinschaftsehegatte durch die Ausübung der Wahl über den Erblasserwillen hinwegsetzen und damit die Testier-freiheit des Erblassers einschränken kann¹⁾.

(a) Erbrechtliches Grundprinzip: Testierfreiheit

Die tragenden materiellen Prinzipien des Erbrechts sind die Testierfreiheit und die Familienerbfolge²⁾.

Im gesamten Privatrecht herrscht der Grundsatz der Privatautonomie, der in Form der Testierfreiheit auch im Erbrecht gilt, obwohl das Gesetz keine programmatische Aussage darüber enthält. Damit kommt der Testierfreiheit im Bereich des Erbrechts die gleiche Bedeutung zu, die der Vertrags- und Verfügungsfreiheit im allgemeinen Zivilrecht gebührt³⁾. Der Erblasser darf also seinen Nachlaß völlig frei ordnen. Auch das Erbrecht ist im wesentlichen Vermögensrecht, und deshalb läßt sich kein Nachlaß von ökonomischen Interessen trennen⁴⁾.

Die überragende Bedeutung der Testierfreiheit wird dadurch dokumentiert, daß der verstorbene Ehegatte seinen Partner

1) Dieser Problemkreis bestand auch bei der Wahltheorie; vgl. hierzu BGHZ 42, 182 ff.; Hampel, FamRZ 1958, 165; Thiele, FamRZ 1958, 395; Gernhuber, FamR S. 532.

2) Kipp-Coing, ErbR S. 3; ebenso Lange, NJW 1957, 1386.

3) Kipp-Coing, ErbR S. 111; vgl. auch Dumoulin, S. 86 f.

4) Gernhuber, FamRZ 1970, 333.

kraft seiner Testierfreiheit von jeglicher Erbenstellung und damit von der dinglichen Nachlaßbeteiligung ausschließen und ihn so ausschließlich auf die güterrechtliche Lösung verweisen kann. Dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten stehen nach einer Enterbung nur noch schuldrechtliche Ansprüche in Form von Pflichtteilsansprüchen zu.

Der Grundsatz der Testierfreiheit beherrscht demnach sowohl die testamentarische als auch die gesetzliche Erbfolge¹⁾.

Begrenzt wird die Testierfreiheit jedoch durch das Pflichtteilsrecht mit den schuldrechtlichen Ansprüchen²⁾. Das Pflichtteilsrecht verleiht dem zweiten Prinzip des Erbrechts, der Familienerbfolge, Geltung, indem es einen völligen Ausschluß von jeglicher Teilhabe am Nachlaß nicht zuläßt und dem gesetzlich Erbberechtigten zumindest die Pflichtteilsansprüche zuweist.

(b) Wahlrecht und Testierfreiheit

Das eingeschränkte Wahlrecht ist eine Spielart des Pflichtteilsrechts und ermöglicht dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten beim Vorhandensein von einem Kind oder zwei Kindern höhere pflichtteilsrechtliche Ansprüche. Daher bedeutet die Anerkennung des eingeschränkten Wahlrechts, daß sich der Zugewinnngemeinschaftsehegatte im Pflichtteilsrecht über den Erblasserwillen hinwegsetzen und damit dessen Testierfreiheit einschränken kann; denn das Wahl-

1) Steffen, DRiZ 1972, 264.

2) Vgl. dazu Leipold, AcP 180, 191.

recht eröffnet dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten beim Vorhandensein von einem Kind den Weg zur Pflichtteilsquote von $1/4$, eine Größe, die ihm der Erblasser bei der Enterbung möglicherweise nicht zubilligen wollte.

Die Anerkennung eines Wahlrechts verbunden mit der Ausweitung von Pflichtteilsansprüchen bedeutet damit auch eine Neuordnung der Testierfreiheit¹⁾.

Dem Verhältnis zwischen Testierfreiheit und Verstärkung der Pflichtteilsansprüche kommt folglich bei der Frage der Anerkennung eines Wahlrechts ganz entscheidende Bedeutung zu und wird Gegenstand der sich anschließenden Untersuchung sein. Es stellt sich nämlich die Frage, ob der durch das eingeschränkte Wahlrecht bedingte Eingriff in die Testierfreiheit als zulässig angesehen werden kann. Die überragende Bedeutung der Testierfreiheit für das Erbrecht ist bereits dargelegt worden²⁾. Die Beantwortung dieser Frage wird zu bejahen sein, wenn die Pflichtteilsrechtsverstärkung zugunsten des Zugewinnngemeinschaftsehegatten höher zu bewerten ist als die Testierfreiheit des Erblassers. Die gleiche Problemstellung tauchte schon bei der Wahltheorie auf³⁾. Dort wurde die Frage nach der Zulässigkeit der Beschränkung der Testierfreiheit des Erblassers bejaht, wenn § 1371 I nicht güterrechtlich, sondern erbrechtlich zu deuten sei, das Ziel dieser Vorschrift also eine Erb- und Pflichtteilsrechtsverstärkung sei⁴⁾. Im Rahmen der Wahltheorie spricht sich die überwiegende Meinung für eine güterrechtliche Deutung

1) Vgl. zu diesem Problem Steffen, DRiZ 1972, 266.

2) Vgl. dazu oben S. 79 f.

3) Vgl. oben S. 59 ff.

4) Vgl. oben S. 57 ff.

des § 1371 I aus¹⁾ und damit gegen ein Wahlrecht. Diese Problemerkörterung hat aber gerade durch § 1931 IV neue Aktualität erfahren, da es sich bei § 1931 IV unzweifelhaft um eine Erb- und Pflichtteilsrechtsverstärkung zugunsten des Gütertrennungsehegatten handelt. Güterrechtliche Aspekte können bei der Gütertrennung verständlicherweise keine Rolle spielen. Es ist allerdings auch nicht zu übersehen, daß die Erhöhung des Erbteils des Gütertrennungsehegatten aus dem Gesichtspunkt der Abgeltung lebzeitiger Leistungen in die Gütertrennung ein Element des Zugewinnausgleichs hineinträgt und damit den Unterschied zwischen gesetzlichem Güterstand und Gütertrennung verwischt²⁾.

Bei der Gütertrennung ist demnach der höheren Beteiligung des Gütertrennungsehegatten Vorrang vor der Testierfreiheit des Erblassers eingeräumt worden. Die Bewertung dieser beiden gegensätzlichen Positionen - hohe erb- und pflichtteilsrechtliche Beteiligung des Gütertrennungsehegatten gegen die Testierfreiheit des Erblassers - überrascht gerade bei der Gütertrennung, da bei dieser aufgrund ihrer Motive und der dadurch bedingten gesetzlichen Ausgestaltung ein solches Ergebnis nicht zu erwarten wäre³⁾.

In Anbetracht der durch § 1931 IV erfolgten Erb- und Pflichtteilsrechtsverstärkung zugunsten des Gütertrennungsehegatten könnte auch die Diskussion um die Wahltheorie neu entfacht werden; denn es ist argumentiert worden, für die güterrechtliche Motivation des § 1371 I

1) Vgl. oben S. 58 Fn. 5 und S. 59 Fn. 1.

2) John, ErbR Rdnr. 240; dazu auch Braga, FamRZ 1972, 117; Leipold, ErbR S. 65.

3) Vgl. oben S. 10 ff.

könnte zusätzlich sprechen, daß der Zugewinnsgemeinschaft die Rechtfertigung einer Erbrechtsverstärkung gegenüber anderen Güterständen fehle¹⁾. Auch der Bundesgerichtshof²⁾ führt insoweit aus, daß der Gesetzgeber nicht soweit gegangen sei, den gesetzlichen Erbteil des Ehegatten - gemeint ist der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte - ohne Rücksicht auf den Güterstand schlechthin zu erhöhen.

Insoweit konnte dieser Argumentation bis zum 1.7.1970, dem Zeitpunkt der Einführung des § 1931 IV in das Gesetz, nicht widersprochen werden. Die durch § 1931 IV bedingte Erb- und Pflichtteilsrechtsverstärkung hat dieser Argumentation jedoch teilweise den Boden entzogen³⁾.

Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob § 1371 I erb- oder güterrechtlich motiviert ist, nicht mit der Themenrelevanz wie bei der Wahltheorie. Denn bei letzterer ging es darum, ob der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte durch die Ausübung der Wahl die Pflichtteilsansprüche in der Quotenhöhe von 1/4 wie bei der erbrechtlichen Lösung erhalten kann. Bei dieser Fragestellung ist es dann sehr wohl relevant, nach der Motivation des zusätzlichen Erb- bzw. Pflichtteils zu fragen; denn wenn die durch § 1371 erfolgte Erb- und Pflichtteilsrechtsverstärkung güterrechtlich motiviert ist, aber lediglich mit erbrechtlichen Mitteln verwirklicht werden soll, dann ist, da die Erbrechtsverstärkung nicht das primäre Ziel war, der Testierfreiheit des Erblassers nach wie vor der Vorrang vor der Pflichtteilsrechtsverstärkung einzuräumen. Sollte es

1) In diesem Sinne Reinicke, BB 1958, 578; Hampel, FamRZ 1958, 165; vgl. auch BGHZ 42, 188.

2) BGHZ 42, 188.

3) Hierzu auch Knur, FamRZ 1970, 276.

aber bei § 1371 I tatsächlich um eine Erbrechtsverstärkung gegangen sein, so hat die Erbrechtsverstärkung, die konsequenterweise auch eine Pflichtteilsrechtsverstärkung mit sich bringt, Vorrang vor der Testierfreiheit des Erblassers.

Bei dem hier interessierenden eingeschränkten Wahlrecht zur Überwindung der durch die Regelung des § 1931 IV bedingten Wertungswidersprüche soll der Zugewinnsgemeinschafts Ehegatte aber gerade nicht die große Pflichtteilsquote in Höhe von $\frac{1}{4}$ erhalten, sondern lediglich eine Quote wie sie der Gütertrennungsehegatte im Parallellfall erhält. Diese Quote hat aber nichts mit der großen Pflichtteilsquote, die sich nach den §§ 1931 I, III, 1371 I, 2203 I 2. Satz berechnet, zu tun. Rein zufällig haben die beiden Pflichtteilsquoten den identischen Quotenwert. Ihre Berechnung divergiert jedoch¹⁾. Beim Vorhandensein von zwei Kindern wird der Unterschied zwischen den Pflichtteilsquotenwerten offensichtlich, da dann dem Zugewinnsgemeinschafts Ehegatten nur noch die Pflichtteilsquote von $\frac{1}{6}$ zustehen soll.

In diesem Zusammenhang muß nochmals darauf hingewiesen werden, daß es sich bei der durch das eingeschränkte Wahlrecht ergebenden Pflichtteilsquote um eine angepaßte Quote handelt, die zwar in der Zugewinnsgemeinschaft ruht, aber ihre Höhe der Ausstrahlungswirkung eines anderen Güterstandes, nämlich der Gütertrennung, verdankt.

1) Vgl. oben S. 77 f.

(c) Wandel der dem Erbrecht zugrunde liegenden Wirklichkeit¹⁾

Bei der Beantwortung der Frage, ob der Testierfreiheit des Erblassers oder der Erb- und Pflichtteilsrechtsverstärkung zugunsten des Zugewinnngemeinschaftsehegatten der Vorrang gebührt, kommt der allgemeinen Tendenz zur Verstärkung des Ehegattenerb- und Pflichtteilsrechts besondere Bedeutung zu²⁾.

Die wichtigsten Daten auf dem Weg zu einer Verstärkung des Ehegattenerbrechts waren dabei das Gleichberechtigungsgesetz von 1957, das dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten einen Zugewinnausgleichsanspruch bzw. eine Erbteilserhöhung bei der erbrechtlichen Lösung gewährte, darüberhinaus das Nichtehechengesetz von 1969, das das gesetzliche Erbrecht des Gütertrennungsehegatten um bis zu 100 % verbesserte und die Ausgestaltung des Versorgungsausgleiches. Diese ganze Entwicklung führt dazu, daß das Güterrecht heute eine wesentlich stärkere erbrechtliche Auswirkung hat als früher. Erbrechtsfragen sind fast mehr im Familienrecht des BGB als in dessen Erbrecht geregelt³⁾.

(aa) Wandel von der Groß- zur Kleinfamilie

Der Grund für diese Verstärkung des Ehegattenerbrechts ist darin begründet, daß sich tiefgreifende Wandlungen

1) Zu diesem Problemkreis ausführlich: Leipold, AcP 180, 160 ff.; Steffen, DRiZ 1972, 263 ff.; Papantoniou, AcP 173, 385 ff.; John, ErbR Rdnr. 19 f. mit weiteren Literaturhinweisen.

2) Hierzu ausführlich Bühler, DNotZ 1975, 5 ff.; Jung, FamRZ 1976, 134 ff.; Leipold, AcP 180, 160 ff.; Coing, A 1 ff.; Dumoulin, S. 84 ff.

3) Haegele, RPfl 1976, 274; auch Bosch, FamRZ 1972, 171.

in tatsächlichen und rechtlichen Strukturen von Ehe und Familie vollzogen haben¹⁾. Als nämlich das BGB geschaffen wurde, traf das Erbrecht auf ein anderes Verhältnis der Generationen zueinander. Das BGB war ursprünglich - fast schon nicht mehr der damaligen Wirklichkeit entsprechend - für eine Gesellschaft geschaffen worden, die im wesentlichen noch von der Landwirtschaft und hier besonders von der bäuerlichen Wirtschaft geprägt war²⁾.

Das Spannungsverhältnis zwischen dem Versorgungsbedürfnis der Eltern und den Emanzipationsbestrebungen der Kinder war für die damalige Zeit, in der die Generationen wirtschaftliche Aufgaben noch wechselseitig füreinander erfüllten, in der die Berufsausbildung für die Zuteilung von Lebenschancen noch nicht die Bedeutung von heute hatte, die Sozialversicherung gerade erst geschaffen war, die Familie nicht vom Gedanken partnerschaftlicher Gleichberechtigung geprägt war, für die Erbfolge von anderer Wichtigkeit als heute³⁾.

Besondere Bedeutung kommt hier der Tatsache zu, daß in den letzten Jahrzehnten ein Wandel von der Großfamilie zur Klein- oder Kernfamilie stattgefunden hat⁴⁾. Bei dieser heute vorherrschenden Familienform beschränkt sich das familiäre Zusammenleben zumeist auf Eltern und Kinder.

1) Leipold, ACP 180, 173 ff.; Dörner, S. 66; hierzu auch Müller-Freienfels, JZ 1957, 687.

2) Coling, A 13; vgl. auch Staudinger-Thiele, 12. Auflage Vorbemerkung zu § 1371 Rz. 1; "die Lösung des BGB war in diesem Sinne von vornherein verfehlt".

3) Steffen, DRiZ 1972, 263.

4) Oeter, S. 9, S. 23; Leipold, ACP 180, 173; Reicherth-Facilides, A 57, 63.

Dabei ist die Kleinfamilie geprägt durch die partnerschaftliche Gleichberechtigung von Mann und Frau und durch das vertrauensvolle Zusammenwirken zur Erfüllung der Aufgaben, die Ehe und Familie stellen. Das Verhältnis zu den Kindern ist primär durch die Erziehung bestimmt. Aber auch in den Beziehungen zwischen Eltern und Kindern tritt mit deren zunehmendem Alter der Gedanke der partnerschaftlichen Gleichberechtigung in den Vordergrund.

Für das Erbrecht bedeutet dies, daß die Legitimation eines gesetzlichen Erbrechts der entfernten Verwandten schwächer geworden ist¹⁾. Ein Wandel der sozialen Realität als Grundlage eines Erbrechts ist eindeutig erkennbar²⁾. Mit dem Wegfall der früheren autarken, sich selbst versorgenden bäuerlichen und kleingewerblichen Familie als Produktion- und Fürsorgegemeinschaft ist die Klammer wirtschaftlicher Funktionen für die meisten Haushalte entfallen³⁾.

Gerade die Auseinandersetzung um eine Neuordnung der Stellung des überlebenden Ehegatten zu den Kindern verdeutlicht den Situationswandel in besonderer Weise⁴⁾. In diesem Bereich gilt es daher, das Verhältnis der Ehe als Erbberufungsgrund zur Abstammung als Erbberufungsgrund zu bestimmen⁵⁾.

(bb) Funktionsänderung des Erbrechts

Bei steigender Lebenserwartung der Ehepartner trifft der

1) Leopold, AcP 180, 173; auch Papantoniou, AcP 173, 396 ff.

2) dazu Leopold, AcP 180, 173 ff.

3) Steffen, DRiZ 1972, 264.

4) Steffen, DRiZ 1972, 264; Stöcker, FamRZ 1970, 444; FamRZ 1971, 208; NJW 1972, 557; WM 1970, 774; Bosch, FamRZ 1970, 166.

5) Vgl. hierzu Dumoulin, S. 90; Bühler, DNotZ 1975, 5 ff.

Erbfall heute auch öfter einen Haushalt, dem die Kinder seit längerem entwachsen sind und der für die Eltern Mittelpunkt eines stärker aufeinanderbezogenen neuen Lebensabschnitts ist. Damit rückt als erbrechtlicher Zuordnungsgesichtspunkt die Sicherung des bisherigen Lebenszuschnittes für die im Durchschnitt länger als früher lebenden Ehegatten in den Vordergrund.

Geht man davon aus, daß die wirtschaftliche Position der Ehefrau überwiegend schwächer ist als die des Ehemannes, so spricht auch dies für ein verstärktes Ehegattenerbrecht, rechtfertigt also die Erhöhung unabhängig vom Zugewinnge danken¹⁾. Bei Personen in hohem Alter und gerade auch beim weiblichen Ehegatten hat die Möglichkeit, das Leben im bisherigen Zuschnitt und in der gewohnten Umgebung weiterführen zu können, besonderes und schutzwürdiges Gewicht²⁾.

Diese Funktionsänderung des Erbrechts wird aber dadurch teilweise wieder aufgehoben, daß sich heute die Alterssicherung zunehmend über die Rentenversicherung, die betrieblichen Hilfs- und Versorgungskammern, die Lebensversicherung und die Beamtenpension und damit außerhalb des Erbrechts vollzieht. Das Erbrecht ist damit in einem gewissen Umfang von der sozialen Sicherung der Hinterbliebenen entlastet³⁾. Die wirtschaftliche Existenzsicherung der Hinterbliebenen ist heute in der Regel auch ohne Erb- und Pflichtteilsrecht gewährleistet⁴⁾.

1) Leipold, AcP 180, 187.

2) Wie Fn. 1.

3) Coing, A 15; auch Jung, FamRZ 1976, 135.

4) Leipold, AcP 180, 188.

Die durch die Altersentwicklung der Ehepartner nahegelegte Tendenz, die Stellung des überlebenden Ehegatten zu verbessern, wird durch die sozialrechtliche Versorgung abgeschwächt¹⁾.

Andererseits muß beachtet werden, daß die Renten- und Versorgungsansprüche auch heute noch sehr niedrig ausfallen können²⁾, vor allem bei einem frühzeitigen Tod des Familienernährers. Dann wird die sozialrechtliche Sicherung allein nicht ausreichen, um den Lebenszuschnitt einigermaßen auf dem bisherigen Stand zu halten³⁾. Die Versorgungs- und Unterhaltsfunktion des Erbrechts ist also nach wie vor berechtigt, mag es auch heute weniger um die Sicherung der nackten Existenz als um eine wenigstens teilweise Aufrechterhaltung des bisherigen Lebenszuschnittes, speziell des überlebenden Ehegatten, gehen⁴⁾.

Die Tendenz zur Verstärkung des Ehegattenerbrechts geht einher mit der Abnahme der Rechtfertigung eines Erbrechts der Kinder⁵⁾. Im Zeitpunkt des Todes der Eltern sind die Kinder oft schon erwachsen und daher schwindet die Notwendigkeit, das Erbrecht zur Versorgung der Abkömmlinge einzusetzen⁶⁾⁷⁾.

Die Befürchtung, daß mit der Verstärkung des Ehegattenerbrechts die Beteiligung der Kinder am Nachlaß zu stark abnimmt, ist wegen der Entlastung des Nachlasses von Versor-

1) Leipold, AcP 180, 189.

2) Dieckmann, Gutachten K S. 20.

3) Leipold, AcP 180, 189.

4) Leipold, AcP 180, 189 f.

5) Vgl. Leipold, AcP 180, 176 f.

6) Leipold, AcP 180, 185.

7) Auf diese Abnahme des Erbrechts der Kinder wird später noch ausführlich eingegangen werden.

gungs- und Existenzgründungsaufgaben zugunsten der Kinder daher unbegründet.

Bemerkenswert ist weiter der starke Rückgang der Kinderzahl. Während früher noch die Mehrzahl der Ehen vier oder mehr Kinder hatte, finden sich heute in den meisten Ehen nur noch ein bis zwei Kinder.

Der Tendenz nach ergibt sich auch daraus ein Trend zur Erhöhung des Ehegattenerbteils. Der Vergleich zwischen Ehegatten- und Kindeserbbteil ist schon in den Motiven ausdrücklich gezogen worden¹⁾. Man erwog damals, dem Ehegatten stets einen Kindeserbbteil zu gewähren, den Ehegattenerbbteil variabel und von der Kinderzahl abhängig zu gestalten. Doch unterblieb das unter anderem aufgrund der Befürchtung, eine solche Regelung könne sich auf die Fruchtbarkeit der Ehe negativ auswirken²⁾. Man ging von einer mittleren Kinderzahl von drei bis vier aus und gelangte so zu dem in § 1931 I vorgesehenen Ehegattenerbbteil von 1/4. Dieselbe Erwägung würde heute bei einer Kinderzahl von eins bis zwei zu einem Ehegattenerbbteil von 1/2 führen, rechtfertigt also ganz ohne den Zugewinn- ausgleichsgedanken die Erhöhung des Ehegattenerbteils³⁾.

(d) Ergebnis

Der Wandel der dem Erbrecht zugrunde liegenden Tatsachen rechtfertigt die Tendenz zur Verstärkung der erb- und pflichtteilsrechtlichen Ansprüche des Ehegatten bei gleichzeitig abnehmender Rechtfertigung der entsprechen-

1) Mugdan, Band V, S. 197.

2) Mugdan, Band V, S. 197.

3) Knur, DNotZ 1973, Sonderheft S. 109.

den Ansprüche der Kinder¹⁾.

Daher ist es auch möglich, in gewissen Grenzen der Verstärkung des Erb- und Pflichtteilsrechts zugunsten des Ehepartners den Vorrang vor der Testierfreiheit des Erblassers einzuräumen. Unangetastet bleibt aber im Rahmen der Testierfreiheit das Recht des Erblassers, den Zugewinnsgemeinschaftsehegatten von jeglicher dinglicher Beteiligung am Nachlaß auszuschließen. Die Pflichtteilsberechtigten werden nicht Miterben, sondern Nachlaßgläubiger²⁾. Durch die Ausübung der Wahl kann der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte nicht die Stellung eines Erben finden, sondern lediglich erreichen, pflichtteilsrechtlich nicht schlechter zu stehen als der Gütertrennungsehegatte in vergleichbarer Stellung. Die Testierfreiheit endet damit bei dem schuldrechtlichen Anspruch auf mindestens 1/4 des Nachlasses.

Das eingeschränkte Wahlrecht, das besonders die Interessen des überlebenden Zugewinnsgemeinschaftsehegatten berücksichtigt, ist also mit der Testierfreiheit des Erblassers vereinbar.

(4) Pflichtteilsrechtlicher Grundsatz der Unabänderlichkeit der Pflichtteilsquoten

Durch die Anpassung der Quoten des Zugewinnsgemeinschaftsehegatten an die Quoten des Gütertrennungsehegatten könnte das eingeschränkte Wahlrecht zu einer Verletzung des erb- und pflichtteilsrechtlichen Grundsatzes der Unentziehbarkeit des Pflichtteils und - darin einbegriffen - der Unabänderlichkeit der Pflichtteilsquoten führen. Dieser Grundsatz,

1) Vgl. hierzu Dumoulin, S. 90; Stöcker, FamRZ 1970, 444; Leopold, AcP 180, 182 ff.

2) Vgl. Boehmer, NJW 1958, 525.

wie er vor dem Gleichberechtigungsgesetz bestand, besagt, daß die Höhe der pflichtteilsrechtlichen Geldansprüche grundsätzlich nur vom Umfang des Nachlasses abhängen soll¹⁾. Die Höhe sämtlicher Pflichtteile soll weder durch eine letztwillige Verfügung des Erblassers noch durch das Verhalten des Zugewinnungsgemeinschaftsehegatten beeinflusbar sein²⁾.

Eine Verletzung dieses Grundsatzes ist aber nicht ersichtlich, da er heute nicht mehr gilt³⁾. Bereits das Gleichberechtigungsgesetz hat die Geltung dieses Grundsatzes beendet, denn die Regelung der §§ 1371, 1931 führt dazu, daß der Erblasser durch seine Wahl zwischen der erbrechtlichen und der güterrechtlichen Lösung nicht nur den Erb- und Pflichtteil des Zugewinnungsgemeinschaftsehegatten, sondern damit gleichzeitig auch die Erb- und Pflichtteile der anderen Pflichtteilsberechtigten bestimmt⁴⁾; es besteht eine direkte Abhängigkeit zwischen diesen Quoten.

Darüberhinaus finden diese ehemals geltenden Grundsätze auch bei der Gütertrennung keine Anwendung mehr, da die Quoten des Gütertrennungsehegatten erhöht wurden, verbunden mit einer entsprechenden Minderung der Quoten der übrigen Pflichtteilsberechtigten.

Die Durchbrechung der ehemals geltenden erbrechtlichen Grundsätze kann auch hingenommen werden. Es ist nämlich zu be-

1) Vgl. Bohnen, Diss. S. 25 mit Hinweisen auf Niederländer, NJW 1960, 1737 ff. und Sturm, NJW 1961, 1435 ff.

2) Vgl. Niederländer, NJW 1960, 1738.

3) Im übrigen verstößt dieser Grundsatz gegen den pflichtteilsrechtlichen Grundsatz des § 2303 I 2. Satz. Vorliegend wird nämlich davon ausgegangen, daß bei der erbrechtlichen Lösung die große Pflichtteilsquote den Wert von 1/4 hat.

4) BGHZ 42, 189.

achten, daß es dem Gesetzgeber freisteht, bei der Neuregelung einer Materie einen bisher geltenden Grundsatz aufzuheben. Das früher fast strikt durchgeführte Prinzip der festen, situationsunabhängigen Pflichtteilsquoten mag den variablen Erb- und Pflichtteilsquoten vorzuziehen sein, dem positiven Recht bindend vorgegeben ist es sicherlich nicht¹⁾.

bb) Bestimmung der Erb- und Pflichtteilsquote des Kindes durch den Zugewinnngemeinschaftsehegatten

(1) Anpassung der Kindesquoten

Das eingeschränkte Wahlrecht hat zur Folge, daß der Zugewinnngemeinschaftsehegatte durch die Ausübung der Wahl nicht nur seine eigene Erb- und Pflichtteilsquote bestimmt²⁾ - hier immerhin auf 1/2 bzw. auf 1/4 erhöht -, sondern gleichzeitig auch die entsprechenden Quoten des Kindes beeinflußt³⁾.

Wenn sich die Quoten des Zugewinnngemeinschaftsehegatten durch die Wahl erhöhen, müssen sich die Quoten des Kindes zwangsläufig vermindern. Die entsprechenden Quoten des Kindes reduzieren sich hierbei auf die Werte von 1/2 bzw. 1/4⁴⁾. Würden nämlich die Kindesquoten beibehalten, verstieße das gegen den erbrechtlichen Grundsatz des § 2303 I 2. Satz; denn die Summe der Erbquoten kann nur den Wert des Gesamtnachlasses, und sämtliche Pflichtteilsquoten können höchstens den halben Wert des Nachlasses ausmachen.

1) Gernhuber, FamR S. 528.

2) Vgl. oben S. 74 ff.

3) Vgl. Soergel-Dieckmann, § 2303 Rz. 25; Staudinger-Thiele, 12. Aufl. § 1371 Rz. 79.

4) Vgl. Tabelle III.

Würden die sich im Fall der Enterbung des Zugewinnngemeinschaftsehegatten für das Kind ergebenden Quoten von $\frac{3}{4}$ bzw. $\frac{3}{8}$ beibehalten und gleichzeitig die Quoten des Zugewinnngemeinschaftsehegatten auf $\frac{1}{2}$ bzw. $\frac{1}{4}$ erhöht, so ergäbe eine Addition dieser Werte das erbrechtlich unmögliche Ergebnis von $\frac{5}{4}$ bei der Erb- und $\frac{5}{8}$ bei der Pflichtteilsquote. Daraus ist ersichtlich, daß sich auch die Kindesquoten anpassen müssen, wobei mit der Erhöhung der Ehegattenquoten eine Verminderung der Kinderquote einhergeht¹⁾.

Nur unter der Abänderung des § 2303 I 2. Satz könnte die Pflichtteilsquote des Zugewinnngemeinschaftsehegatten erhöht, aber gleichzeitig die Pflichtteilsquote des Kindes beibehalten werden.

Die Anpassung der Erb- und Pflichtteilsquoten ist die notwendige Konsequenz daraus, daß der bestimmende Faktor für die Berechnung der Erb- und Pflichtteilsquoten die gesetzliche Erbquote des Überlebenden Ehegatten ist²⁾. Nach dieser Quote richten sich die Quoten der übrigen Pflichtteilsberechtigten aus³⁾. Letztere Quoten variieren also danach, ob sich die Erbquote des Zugewinnngemeinschaftsehegatten nach seinem erhöhten oder nicht erhöhten Erbteil richtet. Es gibt beim Kind keine Grundquote wie § 1931 I oder §§ 1931 I, 1371 I sie dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten zuweist. Vielmehr ist eine direkte Abhängigkeit von der Ehegatten-erbquote gegeben, die immer wieder zu Tage tritt.

1) Vgl. zu diesem allgemeinen erb- und pflichtteilsrechtlichen Problem: Soergel-Dieckmann, § 2303 Rz. 25.

2) Diese Aussage gilt für jeden Güterstand.

3) Staudinger-Thiele, 12. Aufl. § 1371 Rz. 77, 79.

Gleichzeitig ist aber zu beachten, daß die generelle Anpassung der Kindesquoten auch zu Ungereimtheiten führen kann. Bemerkenswert ist nämlich, daß sich die Erb- und Pflichtteilsquote des Kindes bei der güterrechtlichen Lösung im Gegensatz zu der erbrechtlichen Lösung zwangsläufig ohne Zutun des Kindes erhöht. Das gilt selbst dann, wenn das Kind einerseits auch enterbt wird und der Erblasser dem Kind nur eine geringst mögliche Nachlaßbeteiligung zukommen lassen wollte.

(2) Nachlaßbeteiligung des Kindes mit geringer werdender Rechtfertigung

Das eingeschränkte Wahlrecht führt zu einer Erhöhung der Erb- und Pflichtteilsquoten des Zugewinnngemeinschaftsehegatten. Hierbei vermindern sich zwangsläufig die entsprechenden Kindesquoten. Das rechtfertigt sich auch daraus, daß das Erbrecht, zumindest aber das Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge im Vergleich mit dem Ehegatten an Legitimität verloren hat¹⁾. Damit einhergehend ist die allgemeine rechtspolitische Tendenz zur Verstärkung des Ehegattenerbrechts²⁾.

Gerade die wirtschaftliche Emanzipation der Kinder, die für die erbrechtliche Interessenbewertung so wichtig gewesen war, wird nicht mehr über die Produktionsmittel der Familiengemeinschaft, sondern über die schulische und

1) Dazu Leipold, AcP 180, 185; John, ErbR Rdnr. 20, 21.

2) Vgl. oben S. 87 ff.

berufliche Ausbildung vollzogen¹⁾. Dies geschieht grundsätzlich durch die Vorsorge der Eltern²⁾. Diese Vorsorge führt zu einer Minderung des später zu vererbenden Vermögens, da sie in der Regel durch finanzielle Aufwendungen erreicht wird. Da früher das Erbrecht den Kindern vorwiegend zur Existenzgründung diente, heute aber die Vorsorge denselben Zweck erfüllt, ist diese Vorsorge zu Lebzeiten der Eltern quasi eine "vorweggenommene Erbfolge". Vergegenwärtigt man sich weiterhin, daß die meisten Erbfälle eintreten, wenn die Kinder längst auf eigenen Füßen stehen³⁾, so wird deutlich, daß die Ausbildungsfürsorge grundsätzlich mehr eine Funktion des Familienrechts als des Erbrechts ist. Die Abkömmlinge brauchen im allgemeinen dann, wenn der Erbfall eintritt, diese Ausbildung nicht mehr⁴⁾.

Aus diesem Grund hat das Bedenken, daß die durch das Wahlrecht bedingte Erhöhung der Erb- und Pflichtteilsquoten des Zugewinnngemeinschaftsehegatten diejenigen des Kindes zu stark verkürzen würde, doch an Bedeutung verloren. Das Erbrecht ist von der Aufgabe, als Grundlage für die wirtschaftliche Selbständigmachung der nächsten Generation zu dienen, entlastet⁵⁾.

Eine andere Beurteilung könnte allerdings erforderlich sein,

1) Steffen, DRiZ 1972, 265; vgl. auch Papantoniou, AcP 173, 397.

2) Dazu Coing, A 42.

3) Vgl. zur Lebenserwartung und dem durchschnittlichen Zeitpunkt, wann ein Erbfall eintritt und wie alt dann die Kinder sind: Leipold, AcP 180, 182, 184 Fn. 59; Stöcker, FamRZ 1971, 612.

4) Papantoniou, AcP 173, 397.

5) Coing, A 15; ähnlich Jung, FamRZ 1976, 136 f.

wenn die Ehe nur von kurzer Dauer war, und das Kind daher noch jung ist oder mitten in seiner Ausbildung steht. Nach der Statistik¹⁾ ist ein frühes Versterben des einen Elternteils zwar die Ausnahme, trifft die Familie aber gerade dann besonders hart. Das Argument, daß die Abkömmlinge das Vermögen des Elternteils wegen ihrer eigenen wirtschaftlichen Emanzipation und Selbständigkeit nicht mehr benötigen, greift in diesem Falle nicht. Gerade hier sind nämlich die Kinder darauf angewiesen, da davon ihre Entwicklung entscheidend abhängen kann. Es erscheint daher nicht sachgerecht, die Nachlaßbeteiligung der Kinder zugunsten der Nachlaßbeteiligung des Zugewinnngemeinschaftsehegatten zu schmälern. Das Gegenteil ist naheliegender. Denn die Kinder sind besonders auf das Vermögen angewiesen und der überlebende Elternteil kann durchaus in der Lage sein, seinen eigenen Lebensstandard oder die Altersversorgung durch eigene Arbeit zu sichern, da er in aller Regel auch noch jung ist.

Abgemildert wird dieser Konflikt aber dadurch, daß die Kinder gegen ihren überlebenden Elternteil Unterhaltsansprüche haben. Dennoch könnte man in diesen Fällen daran denken, dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten das eingeschränkte Wahlrecht erst dann zuzubilligen, wenn die Ehe länger gedauert hat und die Kinder schon auf eigenen Füßen stehen.

Gegen diese Einschränkung des eingeschränkten Wahlrechts spricht aber, daß die gesamte bisher gesetzlich eingeführte Erbrechtsverstärkung von Beginn der Ehe an gilt, unabhängig von der Dauer der Ehe. Gerade § 1931 IV nimmt auf dieses Problem keine Rücksicht. Da es sich bei dem Wahlrecht nur um eine "Antwort" auf die durch § 1931 IV

1) Vgl. insoweit Steffen, DRiZ 1972, 264.

bedingten Wertungswidersprüche handelt, ist es erforderlich, das eingeschränkte Wahlrecht von Beginn der Ehe an zu gewähren.

Ferner würde es nicht der Sicherheit der Anwendbarkeit des eingeschränkten Wahlrechts dienen, wenn eine zu unbestimmte zeitliche Komponente Voraussetzung für das Wahlrecht wäre. An die Stelle der immerhin klaren Grenzziehung des "Beginns der Ehe" für die Geltung des Wahlrechts würde bei der Einführung einer zeitlichen Komponente die unsichere und willkürliche Abgrenzung "längere Ehedauer" treten. Praktikabilitätsgründe lassen es daher erforderlich erscheinen, das eingeschränkte Wahlrecht unabhängig von der Dauer der Ehe zuzubilligen.

cc) Bewertung des Wahlrechts

Das eingeschränkte Wahlrecht ermöglicht eine Anpassung der Pflichtteile der Zugewinnngemeinschaft an das Pflichtteilsrecht der Gütertrennung. Damit ist eine Erhöhung der Erb- und Pflichtteilsquoten auf $\frac{1}{2}$ bzw. $\frac{1}{4}$ und gleichzeitig eine Reduzierung der entsprechenden Quoten bei dem Kind auf die gleichen Werte verbunden. Auch wenn das eingeschränkte Wahlrecht damit sämtliche Erb- und Pflichtteilsquoten beeinflusst, verstößt das jeweilige Ergebnis nicht gegen erb- und pflichtteilsrechtliche Grundsätze. Es handelt sich trotz der jeweiligen Erhöhung bzw. Reduzierung der Quoten um im gesetzlichen Güterstand bekannte Quotengrößen. Daß es auch denkbar ist, die Ehegattenquoten in gewissen Grenzen von der Kinderzahl abhängen zu lassen, zeigt § 1931 IV.

Nicht unproblematisch ist aber die durch das eingeschränkte Wahlrecht bedingte Pflichtteilsrechtserhöhung insoweit, als sie ermöglicht, daß ererbtes oder erwirtschaftetes Familienvermögen in fremde Familien abwandert. Dazu kann es

insbesondere dann kommen, wenn der zuletzt verstorbene Ehepartner eine zweite Ehe eingegangen ist. Es liegt auf der Hand, daß durch das Anwachsen der Pflichtteilsansprüche erhebliche Teile des Vermögens des zuerst verstorbenen Zugewinngemeinschaftsehegatten den Kindern erster Ehe verloren gehen. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, daß in dem Vermögen des zuletzt versterbenden Zugewinngemeinschaftsehegatten aus der ersten Ehe auch ein erheblicher Teil des Vermögens des vorverstorbenen ersten Ehegatten stecken kann.

Besonders unbillig ist dieses Ergebnis, wenn der Zugewinngemeinschaftsehegatte kurz vor seinem Tod, häufig also in höherem Alter, nochmals heiratet. Hier kann eine Ehe, die vielleicht nur kurz bestanden hat, dazu führen, daß nicht nur große Vermögensanteile des jetzigen Erblassers, sondern auch erhebliche Teile des Vermögens des zuerst verstorbenen Ehepartners, die an den jetzigen Erblasser geraten sind, nunmehr an den zweiten Ehegatten übergehen und damit in eine ganz andere Familie wechseln¹⁾.

Zwar führt das eingeschränkte Wahlrecht nur zu einer Erhöhung der Pflichtteilsansprüche - die gesetzliche Erbquote spielt hier als reine Berechnungsgröße keine Rolle -, doch kann bei nicht pekuniärem Nachlaß ein Pflichtteilsanspruch in einer Höhe bis zu 25 % des Gesamtnachlaßwertes den Nachlaß als wirtschaftliche Einheit aufspalten oder gar zerschlagen.

Diese Probleme treten aber nicht erst durch die Einführung des eingeschränkten Wahlrechtes auf. Sie waren vielmehr schon in weit stärkerem Maße bei der Einführung der Zugewinnsgemeinschaft aktuell²⁾ und tauchen auch immer wieder

1) Vgl. Soergel-Lange, § 1371 Rz. 3.

2) Vgl. Boehmer, NJW 1958, 525.

bei der jetzigen Diskussion um eine generelle Erbrechtsverstärkung zugunsten des Ehegatten auf¹⁾.

Letztendlich wird der Tendenz zur Verstärkung des Ehegattenerb- und Pflichtteilsrechts der Vorrang vor der Gefahr der Abwanderung des Vermögens in fremde Familien eingeräumt.

Vergegenwärtigt man sich, daß allein schon die erbrechtliche Lösung die Hälfte des Familienvermögens - oft sogar unberechtigt, da sich die pauschale Erbquote von 1/2 häufig als Etikettenschwindel herausstellt²⁾ - und die güterrechtliche Lösung unter günstigsten Bedingungen bis zu 56,25 % des Familienvermögens in eine fremde Familie abwandern lassen kann, so können der Erhöhung der Pflichtteilsquote auf maximal 1/4 beim eingeschränkten Wahlrecht keine überzeugenden Argumente entgegengesetzt werden. Es wäre unbillig, einmal der Tendenz zur Verstärkung des Ehegattenerbrechts den Vorrang vor der Abwanderung von Familienvermögen einzuräumen und ein anderes Mal dem letzten Kriterium den Vorrang zuzubilligen.

Aus der Tatsache, daß die erhöhte Pflichtteilsquote Familienvermögen in fremde Familien übertragen kann, kann kein Argument gegen das eingeschränkte Wahlrecht gewonnen werden.

Auch das Argument, man könne nur schwerlich in einem güterstandsabhängigen Ehegattenerbrecht einen Ehegatten alle Vorteile eines Güterstandes genießen lassen und andererseits zugleich auf erbrechtliche Zusatzvorteile eines anderen Güterstandes für diesen Ehegatten bedacht sein³⁾,

1) Vgl. Coing, A 43; Stöcker, FamRZ 1970, 445 Fn. 7.

2) Vgl. oben S. 33 f.

3) So Dieckmann, FamRZ 1979, 392.

kann nicht gegen das eingeschränkte Wahlrecht vorgebracht werden; denn die sich ohne ein solches Wahlrecht ergebenden Resultate sind vom Grundverständnis des Güterrechts her gesehen unberechtigt.

Im übrigen genießt der Zugewinngemeinschaftsehegatte gerade bei der Enterbung nicht die bestehenden Vorteile der Zugewinngemeinschaft bei der gesetzlichen Erbfolge. Diese Vorteile der erbrechtlichen Lösung schlagen nämlich auf die Pflichtteilsquote bei der Enterbung nicht durch. Anders ist es aber bei der Gütertrennung. Die pauschale Erhöhung der Erbquote bei der Gütertrennung beeinflusst "selbstverständlich" auch die Höhe der Pflichtteilsquote. Will man also die bestehenden Wertungswidersprüche durch ein eingeschränktes Wahlrecht beseitigen, kann man dem Zugewinngemeinschaftsehegatten keinen Pflichtteilsneid¹⁾ nachsagen. Unpassend ist es, den Zugewinngemeinschaftsehegatten auf den theoretischen Zugewinnausgleich zu vertrösten. Oft genug wird die Hoffnung auf einen Zugewinnausgleich trügerisch sein.

Die Möglichkeit des Zugewinngemeinschaftsehegatten, die gleichen Erb- und Pflichtteilsquoten zu erhalten wie der Gütertrennungsehegatte, verstößt auch nicht gegen die §§ 2064, 2065. Der Erblasser hat nämlich einen eigenen Testierwillen und überläßt die Geltung seines Willens nicht dem Bedachten selbst oder der Willkür oder dem billigen Ermessen eines Dritten.

c) Der Ehegatte und zwei Kinder als Hinterbliebene

Ist der Zugewinngemeinschaftsehegatte Erbe oder Vermächtnisnehmer, so erhält er die bereits bekannte Erb- und

1) So aber Dieckmann, FamRZ 1979, 392.

Pflichtteilsquote¹⁾.

Die Summe der Quoten der Kinder haben den gleichen Wert.

Der Zugewinnngemeinschaftsehegatte hingegen, der weder Erbe noch Vermächtnisnehmer ist, hat eine gesetzliche Erbquote von $\frac{1}{4}$ und eine Pflichtteilsquote von $\frac{1}{8}$. Die Erb- und Pflichtteilsquoten der Kinder berechnen sich nach diesen Werten.

12) Bestimmung der eigenen Erb- und Pflichtteilsquoten durch den Zugewinnngemeinschaftsehegatten

Entscheidet sich der Zugewinnngemeinschaftsehegatte für eine Anpassung seines Pflichtteilsrechts an das Pflichtteilsrecht des Gütertrennungsehegatten, so modifiziert dies seine Pflichtteilsquote erheblich.

In der Gütertrennung beträgt die Ehegattenerbquote nämlich $\frac{1}{3}$ und die Pflichtteilsquote $\frac{1}{6}$. Jedem Kind steht insoweit der gleiche Quotenwert zu²⁾.

An diese dem gesetzlichen Güterstand bisher unbekannten³⁾ Quotengrößen passen sich die Quoten des Zugewinnngemeinschaftsehegatten bei der Anerkennung eines eingeschränkten Wahlrechts im gesetzlichen Güterstand an. Im Falle der Ausübung der

1) Vgl. Tabelle I.

2) Vgl. Tabelle II.

3) Allerdings beträgt die gesetzliche Erbquote des Kindes, das mit zwei Geschwistern und einem Elternteil hinterlassen wird, auch $\frac{1}{6}$. Im übrigen kann es zu sehr ungewöhnlichen, gesetzlich aber korrekten Quoten kommen, wenn man sich die Quoten vergegenwärtigt, die möglich sind, wenn der Zugewinnngemeinschaftsehegatte mit sieben oder mehr Kindern hinterlassen wird.

Wahl erhält somit der Zugewinnngemeinschaftsehegatte die Pflichtteilsquote von $\frac{1}{6}$. Diese Quote ist um $33 \frac{1}{3} \%$ größer als die dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten normalerweise zustehende Quote von $\frac{1}{8}$, zu der aber allerdings noch der eventuelle Zugewinnausgleichsanspruch hinzukommt. Die gesetzliche Erbquote hat dann den Wert von $\frac{1}{3}$. Nach der Regel des § 2303 I 2 hat die Pflichtteilsquote nämlich den halben Wert der gesetzlichen Erbquote; dieser Rechtssatz gilt ohne Einschränkung auch umgekehrt. Die Ausstrahlungswirkung des § 1931 IV wirkt sowohl auf das Pflichtteilsrecht als auch auf die gesetzliche Erbquote. Im Hinblick auf § 2303 I 2. Satz verbietet es sich, die Pflichtteils- und die Erbquote getrennt zu betrachten. Auch wenn im Falle der Enterbung und im Sonderfall der Ausschlagung die gesetzliche Erbquote keinen materiellen Wert darstellt, den der Zugewinnngemeinschaftsehegatte erhält, so ist diese gesetzliche Erbquote aber eine Berechnungsgröße, von der sich die Quote der anderen Pflichtteilsberechtigten und der Pflichtteil des Zugewinnngemeinschaftsehegatten selbst ableiten.

Die gesetzliche Erbquote von $\frac{1}{3}$ paßt sich in das gesetzliche Gesamtgefüge ein. Unbeachtlich ist, daß es sich bei dem Quotenwert von $\frac{1}{3}$ um einen unbekannten Wert im gesetzlichen Güterstand handelt. Da es sich hier um eine Transformation der Quotenwerte der Gütertrennung auf die Zugewinnngemeinschaft handelt, werden zwangsläufig auch die dem transformierten Güterstand eigenen Prinzipien auf den anderen Güterstand mit übertragen und überlagern dessen Grundsätze.

Das eingeschränkte Wahlrecht führt damit im Bereich der Zugewinnngemeinschaft zur Abkehr von dem Prinzip, daß die Quoten der Erb- und Pflichtteile von der Anzahl der Kinder unabhängig sind.

Die bei der Zugewinnsgemeinschaft geltende Unabhängigkeit der Quoten ist kein unumstößlicher Rechtssatz. Daraus ergibt sich auch die Zulässigkeit der Tatsache, daß bei der Geltung des eingeschränkten Wahlrechts der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte mit einem Kind besser steht als der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte mit zwei Kindern. Die Forderung, der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte soll nicht geringer am Nachlaß beteiligt werden als der Gütertrennungsehegatte, aber auch nicht schlechter stehen als ein Zugewinnsgemeinschaftsehegatte aus einer anderen Zugewinnsgemeinschaft¹⁾, kann nach den geltenden erb- und pflichtteilsrechtlichen Grundsätzen nicht erfüllt werden.

§ 1931 IV belegt, daß der Ehegattenerb- und -pflichtteil in gewissen Grenzen von der Anzahl der Kinder abhängen kann. Ebenso ist in den Motiven bereits ausdrücklich ein Vergleich zwischen Ehegatten- und Kindeserbteil gezogen worden²⁾.

Bei der Abwägung, ob die Quoten des Zugewinnsgemeinschaftsehegatten stets von der Anzahl der Kinder unabhängig sein sollen, oder ob unter Abwendung von diesem Prinzip die Wertungswidersprüche aufgehoben werden sollen, verdient die Beseitigung der materiellen Wertungswidersprüche Vorrang vor dem Prinzip der Quotenunabhängigkeit. Der "Systembruch", nämlich die Abhängigkeit der Erb- und Pflichtteilsquote von der Anzahl der Kinder im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft bei Anerkennung des eingeschränkten Wahlrechts, ist erforderlich. Ein Verstoß gegen Art. 3 I GG liegt nicht vor, denn ungleiche Fälle werden auch ungleich behandelt.

1) So Dieckmann, FamRZ 1979, 391, 392.

2) Vgl. Mugdan, Band V, S. 197.

Auch hier erfüllt sich dann wieder der Grundsatz, daß normalerweise der Pflichtteil immer nach einem Erbteil berechnet wird, der für den Betreffenden an sich in Frage käme, wenn das gesetzliche Erbrecht eingreifen würde. Bei der Anerkennung des eingeschränkten Wahlrechts kann es aber gar nicht vorkommen, daß der Pflichtteilsberechtigten von Gesetzes wegen einen Erbteil derjenigen Quote erwirbt, nach der der Pflichtteil berechnet wird¹⁾.

Hinterläßt der Erblasser somit den Zugewinnungsgemeinschaftsehegatten nebst bis zu zwei Kindern, so kann seine Pflichtteilsquote $\frac{1}{4}$, $\frac{1}{6}$ oder $\frac{1}{8}$ und entsprechend die Erbquote $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{3}$ oder $\frac{1}{4}$ betragen. Der Erbquotenwert von $\frac{1}{2}$ kommt bei der gesetzlichen Erbfolge und bei der Ausübung des eingeschränkten Wahlrechts beim Vorhandensein eines Kindes in Betracht. Der Quotenwert von $\frac{1}{4}$ kommt bei der Enterbung oder Ausschlagung zur Anwendung, wenn die Wahl nicht ausgeübt wird und der Quotenwert von $\frac{1}{3}$, wenn der Zugewinnungsgemeinschaftsehegatte zwar enterbt ist oder ausgeschlagen hat, aber mittels eingeschränktem Wahlrecht die Quoten in der Höhe des Gütertrennungsehegatten erhält.

Man kann aber nicht sagen, daß das Ergebnis verblüfft²⁾, weil diese Quotenwerte jeweils verschiedene Größen haben. Diese Erb- und Pflichtteilsquotengrößen sind die Folge der Anerkennung des eingeschränkten Wahlrechts, das zu einer Anpassung der Erb- und Pflichtteilsquoten des Zugewinnungsgemeinschaftsehegatten an die entsprechenden Quoten des Gütertrennungsehegatten führt. Die Quoten lassen sich problemlos aus den Quotenwerten der Gütertrennung unter Berücksichtigung des § 2303 I 2. Satz errechnen³⁾.

1) Vgl. oben S. 76.

2) Dazu Dieckmann, FamRZ 1979, 391.

3) Die von Dieckmann in FamRZ 1979, 391 Fn. 15 geäußerte Kritik geht daher fehl.

bh) Bestimmung der Erb- und Pflichtteilsquote der Kinder durch den Zugewinnngemeinschaftsehegatten

Hinterläßt der Erblasser seinen enterbten Ehegatten und ein Kind, so hat die Entscheidung des Ehegatten, durch die Ausübung der Wahl höhere Quoten zu erhalten, zwangsläufig die Folge der Minderung der Erb- und Pflichtteilsquote auf Seiten des Kindes, unabhängig davon, ob dieses Kind enterbt ist oder nicht¹⁾.

Diese Variabilität der Erb- und Pflichtteilsquoten ist eine Konsequenz der pflichtteilsrechtlichen Grundsätze.

Die gleichen Grundsätze gelten, wenn der Erblasser zwei Kinder hinterläßt. Die erforderliche Anpassung der Quoten ergibt sich daraus, daß die Erb- und Pflichtteilsquote des überlebenden Ehegatten auch hier der bestimmende Faktor für die entsprechenden Quoten der Kinder ist²⁾. Diese Quoten haben sich nach jenen auszurichten. Wenn also die Ehegattenquoten erhöht werden, mindern sich zwangsläufig die Kinderquoten³⁾.

(1) Enterbung von Ehegatte und Kindern

Ohne Anerkennung eines eingeschränkten Wahlrechts beträgt die Pflichtteilsquote des Zugewinnngemeinschaftsehegatten $\frac{1}{8}$ und die der Kinder je $\frac{3}{16}$ ⁴⁾. Die Addition dieser

1) Derselbe Grundsatz gilt, wenn der Zugewinnngemeinschaftsehegatte den großen Pflichtteil erhält.

2) Dazu Soergel-Dieckmann, § 2303 Rz. 25, 28.

3) Staudinger-Thiele, 12. Aufl § 1371 Rz. 77.

4) Vgl. Tabelle I, II.

Quoten ergibt, daß die Summe der Pflichtteilsquoten wertmäßig den halben Nachlaß ausmacht. Sämtliche oben angesprochenen allgemeingültigen erb- und pflichtteilsrechtlichen Grundsätze sind bei diesen Quoten erfüllt.

Die Anerkennung des eingeschränkten Wahlrechts hebt die Pflichtteilsquote des Zugewinnungsgemeinschaftsehegatten auf $\frac{1}{6}$ an. Nach allgemeingültigen erb- und pflichtteilsrechtlichen Grundsätzen passen sich auch hier die Quoten der Kinder an.

Mit der Erhöhung der Pflichtteilsquoten des Zugewinnungsgemeinschaftsehegatten geht daher eine Verminderung der Pflichtteilsquoten der Kinder einher. In der Gütertrennung betragen die Quoten je $\frac{1}{6}$. Die Ausstrahlungswirkung des § 1931 IV und die direkte Abhängigkeit der Kinderquoten von der Ehegattenquote führen zu diesem Ergebnis. Daher beträgt auch hier die Pflichtteilsquote eines jeden Kindes $\frac{1}{6}$.

(2) Ausschließliche Enterbung des Ehegatten

Da in diesem Fall bei der Anerkennung und der Ausübung des eingeschränkten Wahlrechts der Zugewinnungsgemeinschaftsehegatte ebenfalls die Pflichtteilsquote von $\frac{1}{6}$ erhält, zwingt dies auch hier zu einer Verminderung der Erb- und Pflichtteilsquoten bei den Kindern auf die Quotenwerte von $\frac{1}{3}$ bzw. $\frac{1}{6}$.

Zwar mag die Pflichtteilsquote für diese nur eine geringe Rolle spielen¹⁾, da sie als gesetzliche Erben die gesetzliche Erbquote erhalten, doch hat die gesetzliche Erbquote eben auch nur den Wert von $\frac{1}{3}$. Ohne die Anerkennung des eingeschränkten Wahlrechts würde die gesetzliche Erbquote jedes Kindes den Wert von $\frac{3}{8}$ haben.

1) Wichtig aber für die §§ 2305 ff.

(3) Enterbung des Ehegatten und eines Kindes

Problematisch ist, wie sich bei der Pflichtteilsquote von $\frac{1}{6}$ die entsprechenden Quoten der Kinder bestimmen, wobei gerade zu beachten ist, daß ein Kind enterbt ist und das andere nicht. Vergegenwärtigt man sich die oben¹⁾ gefundenen Ergebnisse, so müßte für beide Kinder die Pflichtteilsquote von $\frac{1}{6}$ und die Erbquote von $\frac{1}{3}$ gelten. Ein Wertungswiderspruch liegt in diesem Ergebnis jedenfalls nicht; denn auch wenn für beide Kinder die gesetzliche Erbquote $\frac{1}{3}$ beträgt, so bedeutet diese Quote für das nicht enterbte Kind eine dingliche Beteiligung, während diese Quote für das enterbte Kind lediglich eine Berechnungsgröße ohne materiellen Wert darstellt.

Es ließe sich hier aber auch daran denken, die Erb- und Pflichtteilsquoten des nicht enterbten Kindes unberührt, also beim Wert von $\frac{3}{8}$ bzw. $\frac{3}{16}$ zu belassen. In diesem Falle müßten sich die Quoten des enterbten Kindes an den Erb- und Pflichtteilsquoten des Zugewinnngemeinschaftsehegatten und des nicht enterbten Kindes ausrichten und dergestalt anpassen, daß die Summe sämtlicher Pflichtteilsquoten den Wert der Hälfte des Nachlasses und die Summe sämtlicher Erbquoten den Nachlaßwert nicht übersteigt.

Unter Berücksichtigung der Pflichtteilsquotenwerte, nämlich des Wertes von $\frac{1}{6}$ beim Zugewinnngemeinschaftsehegatten und $\frac{3}{16}$ beim nicht enterbten Kind, würde der insoweit angepaßte Wert die Größe von $\frac{7}{48}$ bei der Pflichtteils- und von $\frac{7}{24}$ bei der Erbquote besitzen. In diesem Zusammenhang könnte man von "gespaltenen" Pflichtteilsquoten sprechen, denn der Quotenwert bleibt einmal konstant und zum anderen wird der Quotenwert angepaßt.

1) Vgl. oben S. 106 f.

Für diese "gespaltenen" Pflichtteilsquoten spricht, daß der Zugewinnngemeinschaftsehegatte durch die Ausübung der Wahl lediglich seine Quoten und die des enterbten Kindes bestimmt, nicht aber die des nicht enterbten Kindes. Die besonders weite Reduzierung der Beteiligungsquoten des enterbten Kindes rechtfertigt sich neben der Tatsache der Enterbung auch aus der abnehmenden Legitimität eines Kindeserbrechts, speziell des Pflichtteilsrechts überhaupt¹⁾.

Im Ergebnis sprechen aber folgende Gesichtspunkte gegen diese "gespaltenen" Pflichtteilsquoten. Soweit es sich um erbberechtigte Kinder handelt, besteht der einzige Unterschied zwischen beiden darin, daß das eine enterbt ist und das andere nicht. Von daher gesehen besteht keine Veranlassung, für beide Kinder die Erb- und Pflichtteilsquoten verschieden anzusetzen, also einmal mit $\frac{3}{8}$ bzw. $\frac{7}{24}$ als Erbquote und einmal mit $\frac{3}{16}$ bzw. $\frac{7}{48}$ als Pflichtteilsquote. Es gilt der pflichtteilsrechtliche Grundsatz, daß der Pflichtteil die Hälfte der gesetzlichen Erbquote ist. Dieser Grundsatz gilt aber nicht nur für eine Person, sondern muß genauso Gültigkeit besitzen für vergleichbare Personengruppen, wie hier die Kinder. Ist das eine Kind nicht enterbt, so beträgt seine gesetzliche Erbquote $\frac{1}{3}$ und die Pflichtteilsquote des enterbten Kindes $\frac{1}{6}$. Die eine Quote drückt eine dingliche Beteiligung aus, die andere gewährt lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch, wobei in diesem Fall die Erbquote nur eine Berechnungsgröße ist.

Es ist daher nicht erforderlich, verschiedene Gruppen von Erb- und Pflichtteilsquoten zu bilden. Es würde eine willkürliche Zurücksetzung bedeuten, wenn die Erbquote des einen Kindes $\frac{3}{8}$ betragen würde und die des enterbten

1) Vgl. dazu Leipold, AcP 180, 185.

Kindes - wenn auch nur als Berechnungsgröße - lediglich $7/24$. Dasselbe gilt für die Pflichtteilsquote von $3/16$ bzw. $7/48$. Besonders deutlich treten Wertungswidersprüche bei diesem Ergebnis in den Fällen der §§ 2305 ff. auf. Ist das eine Kind geringstmöglich bedacht, aber nicht enterbt, berechnet sich sein Pflichtteilsrestanspruch nicht nach der Pflichtteilsquote von $7/48$, sondern von $3/16$. Das enterbte Kind erhält aber nur die Pflichtteilsquote von $7/48$. Obwohl also beide Kinder wertmäßig fast gleich stehen, steht sich das nicht enterbte Kind doch um $1/24$ besser. Darin liegt ein nicht hinnehmbarer Wertungswiderspruch, der die "gespaltenen" Pflicht- und Erbteilsquoten als unanwendbar erscheinen läßt.

Für vergleichbare Personengruppen muß die erb- oder pflichtteilsrechtliche Quote den identischen Wert haben.

Dieses Ergebnis wird gestützt von den §§ 1924 ff., die gleichen Stämmen oder Personen aus der gleichen Ordnung die gleiche Beteiligung zubilligen.

Daher beträgt für das enterbte wie für das nicht enterbte Kind die Erb- bzw. Pflichtteilsquote $1/3$ bzw. $1/6$. Soweit der Zugewinnngemeinschaftsehegatte durch die Ausübung des eingeschränkten Wahlrechts seine Quoten auf die Werte von $1/3$ bzw. $1/6$ erhöht, passen sich die entsprechenden Quoten der Kinder einheitlich, ohne eine Aufspaltung, an.

(4) Ergebnis

Unter Berücksichtigung der oben genannten Quoten beträgt damit die Erbquote für ein Kind je nach der Fallgestaltung $3/8$, $1/3$ oder $1/4$ und die Pflichtteilsquote für ein enterbtes Kind $3/16$, $1/6$ oder $1/8$:

- $\frac{3}{16}$ dann, wenn sich der Zugewinnngemeinschaftsehegatte, der weder Erbe noch Vermächtnisnehmer geworden ist, für den kleinen Pflichtteil mit dem Zugewinnausgleich entscheidet,
- $\frac{1}{6}$, wenn dieser Ehegatte die angepaßte Pflichtteilsquote wählt,
- $\frac{1}{8}$, wenn der Zugewinnngemeinschaftsehegatte Erb- oder Vermächtnisnehmer wird¹⁾.

Es können hier für dieselbe Person drei verschiedene Pflichtteilsquoten in Frage kommen. Dennoch kann aber nicht gesagt werden, daß dann, wenn der Erblasser den Zugewinnngemeinschaftsehegatten und zwei Kinder, davon eines enterbt, hinterläßt, die Regelung unübersichtlich wird²⁾. Sämtliche Quoten lassen sich problemlos berechnen, wenn die erb- und pflichtteilsrechtliche Grundregel des § 2303 I 2. Satz beachtet wird. Ebenso entscheidend ist, daß die Erb- und Pflichtteilsquoten der Kinder von denen des Ehegatten abgeleitet werden, letztere also die bestimmenden Quoten sind.

Es ist auch verfehlt, das eingeschränkte Wahlrecht nur dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten zuzubilligen, dem der Erblasser nur einen Abkömmling (Abkömmlingsstamm) hinterlassen hat³⁾. Diese Einschränkung des eingeschränkten Wahlrechts könnte deswegen Gefallen finden, weil es dann nur zwei - bekannte - Pflichtteilsquoten für das Kind gäbe. Die Quote von $\frac{1}{4}$ käme zur Anwendung, wenn der Zugewinnngemeinschaftsehegatte Erbe oder Vermächtnisnehmer ist, oder sich für die Anpassung seiner Pflicht-

1) Dieckmann, FamRZ 1979, 392.

2) So aber Dieckmann, FamRZ 1979, 392.

3) Im Ergebnis ebenso Dieckmann, FamRZ 1979, 392, der aber im Ergebnis das eingeschränkte Wahlrecht insgesamt ablehnt.

teilsquote an die entsprechende Quote des Gütertrennungsehegatten entschließt; die Quote von $\frac{3}{8}$ würde gelten, wenn der Zugewinnngemeinschaftsehegatte mit der güterrechtlichen Lösung einverstanden ist.

Diese Argumentation kann aber nicht überzeugen, da andernfalls beim Vorhandensein eines Kindes der bestehende Wertungswiderspruch durch das eingeschränkte Wahlrecht überwunden werden kann, während beim Vorhandensein von zwei Kindern der Wertungswiderspruch in Kauf genommen wird, weil das eingeschränkte Wahlrecht angeblich zu große Schwierigkeiten bietet.

- d) Der Erblasser hinterläßt neben dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten keine Kinder oder mehr als zwei Kinder

Keine Besonderheiten bieten insoweit die Fälle, in denen der Erblasser neben dem Ehegatten keine oder mehr als zwei Kinder hinterläßt. Hier gilt die Regelung des § 1931 IV nicht mehr, so daß sowohl der Zugewinnngemeinschaftsehegatte als auch der Gütertrennungsehegatte im Falle der Enterbung oder der Ausschlagung den gleichen Pflichtteilsquotenwert erhalten¹⁾.

Es besteht dann auch kein Anlaß mehr, dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten ein eingeschränktes Wahlrecht zu gewähren. Im Gegensatz zum Gütertrennungsehegatten erhält der Zugewinnngemeinschaftsehegatte nämlich zusätzlich noch eine eventuelle Zugewinnausgleichsforderung, so daß jedenfalls eine theoretische Besserstellung möglich ist.

¹⁾ vgl. Tabelle I.

e) Das eingeschränkte Wahlrecht bei der Ausschlagung

Ein Wertungswiderspruch liegt dann vor, wenn der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte drückende oder unangenehme Belastungen durch die Ausschlagung umgehen will und der Gütertrennungsehegatte im Parallellfall bei gleicher Motivation trotz der Ausschlagung höher am Nachlaß beteiligt wird als der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte¹⁾.

Die Anerkennung des eingeschränkten Wahlrechts führt zu drei schon bekannten Pflichtteilsquotengrößen für den Zugewinnsgemeinschaftsehegatten, nämlich $\frac{1}{4}$, $\frac{1}{6}$ oder $\frac{1}{8}$.

Die Pflichtteilsquote von $\frac{1}{4}$ hat hierbei eine zweifache Bedeutung²⁾. Zum einen ist sie die "Hälfte des gesetzlichen Erbteils" im Sinne des § 2306 I 1. Satz und zum anderen die Quote des Zugewinnsgemeinschaftsehegatten nach der Ausschlagung beim Vorhandensein eines Kindes unter der Geltung des eingeschränkten Wahlrechts. Nur im ersten Fall ist es jedoch berechtigt, von der "großen" Pflichtteilsquote zu sprechen, da sie sich nach den §§ 1931 I, III, 1371 I, 2303 I berechnet. Im anderen Fall ist diese Bezeichnung falsch, da diese Quote lediglich eine Angleichung an die entsprechende Pflichtteilsquote des Gütertrennungsehegatten ist.

Die Pflichtteilsquote von $\frac{1}{6}$ gilt, wenn der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte mit zwei Kindern überlebt, und er sich nach der Ausschlagung für die Anpassung seiner Pflichtteils-

1) Vgl. oben S. 46 ff. und S. 50 ff.

2) Vgl. oben S. 76 ff.

quote an die Quote des Gütertrennungsehegatten entscheidet.

Die Pflichtteilsquote von $\frac{1}{8}$ bietet keine Besonderheiten mehr, weil sie unabhängig von dem eingeschränkten Wahlrecht bei der Enterbung oder der Ausschlagung zur Anwendung kommt.

Es handelt sich hier also um die gleichen Quoten, die bereits im Falle der Enterbung relevant waren. Hieraus ergibt sich auch, daß im Rahmen des § 2306 der "große" Pflichtteil nicht einmal mit $\frac{1}{4}$ und einmal mit $\frac{1}{6}$ angesetzt wird¹⁾. Bei den Quotenwerten von $\frac{1}{4}$ und $\frac{1}{6}$ in den Fällen der Ausschlagung handelt es sich lediglich um Anpassungen der Pflichtteilsquote des Zugewinnungsgemeinschaftsehegatten an die des Gütertrennungsehegatten.

Darüberhinaus ist es auch entbehrlich, bei Vorhandensein von zwei Kindern die Pflichtteilsquote immer auf $\frac{1}{4}$ zu setzen²⁾. Hierfür besteht, wie bereits gezeigt, kein Bedürfnis.

Daher beträgt die Hälfte des gesetzlichen Erbteils bei § 2306 auch nicht stets $\frac{1}{4}$. Das eingeschränkte Wahlrecht macht es erforderlich, im Rahmen seines Anwendungsbereiches die Größe der Pflichtteilsquote von der Anzahl der Kinder abhängig zu machen. Der dadurch bedingte Systembruch wird zur Überwindung der Wertungswidersprüche hingenommen.

Zusätzliche Besonderheiten bestehen weder in Bezug auf die Erbquoten des Zugewinnungsgemeinschaftsehegatten noch auf die Erb- und Pflichtteilsquoten der anderen Pflichtteilsberechtigten, namentlich der Kinder.

1) Dazu Dieckmann, FamRZ 1979, 391 Fn. 15.

2) Wie Fn. 1.

Auch die im Rahmen des § 2306 möglichen Erb- und Pflichtteilsquoten lassen sich zwanglos berechnen und brechen nicht mit unabhängig vom Güterstand geltenden erb- und pflichtteilsrechtlichen Grundsätzen.

f) Das eingeschränkte Wahlrecht bei der Anrechnung auf den Pflichtteil (§ 2315) und bei der Ergänzung des Pflichtteils (§ 2325)

Die beim eingeschränkten Wahlrecht vorkommenden Erb- und Pflichtteilsquoten bieten auch in den anderen Fällen, in denen die Höhe dieser Quoten für die Berechnung von Ansprüchen relevant ist, keine Probleme. Die Pflichtteilsquote von $\frac{1}{6}$ kommt daher sowohl bei der Anrechnung von Zuwendungen auf den Pflichtteil (§ 2315) als auch bei der Ergänzung des Pflichtteils wegen Schenkungen (§ 2325) zur Anwendung, wenn der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte enterbt ist oder der Sonderfall der Ausschlagung vorliegt und er sich beim Vorhandensein von zwei Kindern für eine Anpassung seiner Pflichtteilsquote an die des Gütertrennungsehegatten entscheidet.

Die Vorschriften der §§ 2315, 2325 sind vorliegend nur beispielhaft herausgegriffen. Die Ausführungen gelten auch im Rahmen sonstiger pflichtteilsrechtlicher Normen.

g) Technische Ausgestaltung des Wahlrechts

Soll der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte beim Tod des Partners die Wahl zwischen dem kleinen Pflichtteil und dem eventuellen Zugewinnausgleichsanspruch einerseits und den angepassten Pflichtteilsquoten, die dem Gütertrennungsehegatten im Parallellfall zustehen, andererseits haben, so erfordert ein solches eingeschränktes Wahlrecht

eine gesetzliche Ausgestaltung.

An einer solchen gesetzlichen Ausgestaltung fehlt es aber hier¹⁾. Die Rechtssicherheit leidet, wenn ein solches Recht nicht nach der Modalität seiner Ausübung bestimmten Voraussetzungen und Beschränkungen unterworfen ist²⁾. Daher ist eine so bedeutungsvolle Institution wie ein derartiges Wahlrecht in hohem Maße regelungsbedürftig³⁾.

Um die Gebrauchsfähigkeit eines eingeschränkten Wahlrechts zu gewährleisten, sind Regelungen darüber erforderlich, wie die Wahl zu erfolgen hat, ob die Wahlmöglichkeit verloren geht, und wenn diese Frage zu bejahen ist, wodurch dies geschehen kann, wem gegenüber die Ausübung der Wahl zu erklären ist, in welcher Form dies zu geschehen hat und wie lange die Wahlmöglichkeit offensteht. Ebenso müßte geregelt sein, ob die anderen Nachlaßbeteiligten die Möglichkeit haben, die für ihre eigenen Rechte so wesentliche und die Abwicklung des Erbfalls unerläßliche Entscheidung des Zugewinnngemeinschaftsehegatten herbeizuführen⁴⁾. In diesem Zusammenhang bedarf auch die Frage einer Klärung, wer von mehreren Nachlaßbeteiligten das Recht hat, dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten eine angemessene Frist zu setzen, und welche Frist gilt, wenn sich die Beteiligten diesbezüglich nicht einig werden können und daher unterschiedliche Fristen setzen.

1) Vgl. Dieckmann, FamRZ 1979, 391; John, ErbR Rdnr. 241.

2) Schwab, JuS 1965, 435, 436; Niederländer, NJW 1960, 1739. Beide Autoren beziehen sich jedoch auf die Wahltheorie; vgl. auch S. 64 f.

3) Staudinger-Ferid, 10/11. Aufl. § 2303 Rz. 43.

4) Wie Fn. 3.

Diese offenen Fragen bieten Anlaß zu untersuchen, ob nicht die entsprechende Anwendung ähnlicher gesetzlicher Rechtsinstitute, wie beispielsweise die Regelungen des anerkannten Wahlrechts¹⁾ auf das hier interessierende eingeschränkte Wahlrecht zulässig ist, um so eine Ausübung der Wahl zu ermöglichen. Die denkbare Argumentation, ein eingeschränktes Wahlrecht könne es schon deswegen nicht geben, weil jegliche gesetzliche Ausgestaltung fehlt, kann erst dann entkräftet werden, wenn alle mit der technischen Ausgestaltung des Wahlrechts aufgeworfenen Fragen dergestalt beantwortet sind, daß sich die Ausübungsmodalitäten ergeben und zwanglos mit dem geltenden Recht vereinbar sind.

aa) Rechtsnatur des eingeschränkten Wahlrechts

Die Beantwortung der Frage nach der Ausgestaltung des Wahlrechts verlangt zunächst die Feststellung der Rechtsnatur eines solchen Wahlrechts²⁾. Diese rechtliche Qualifizierung hängt eng mit der Frage zusammen, welche Rechtswirkungen die Ausübung einer Wahl haben soll.

Das eingeschränkte Wahlrecht könnte sich darstellen als eine Wahlschuld im Sinne der §§ 262 ff., als Ersatzbefugnis des Gläubigers, als alternative Gläubigerberechtigung oder als eine Kombination aus allen drei Rechtsinstituten. Diese drei Rechtsinstitute unterscheiden sich dadurch, daß bei der alternativen Gläubigerberechtigung einem Schuldverhältnis mehrere Rechte, Ansprüche oder Gestaltungsrechte entspringen, zwischen denen der Gläubiger wählen kann, und die sich gegenseitig ausschließen. Bei

1) Vgl. oben S. 53 f

2) Ausführlich zu den Wahlrechten: Ziegler, AcP 171, 193 ff.; Erler, Diss. Wahlschuld.

der Wahlschuld hingegen werden zwei oder mehrere Leistungen durch einen Anspruch erfaßt, bei der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers sogar nur eine Leistung, an deren Stelle durch Ausübung eines Gestaltungsrechts eine andere, grundsätzlich nicht geschuldete Leistung treten soll¹⁾.

Das eingeschränkte Wahlrecht wäre eine Wahlschuld, wenn sich das dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten zustehende Recht als ein einziger Anspruch darstellen würde, der lediglich inhaltlich alternativ ausgestaltet ist, und zwar einmal als kleiner Pflichtteilsanspruch mit der eventuellen Zugewinnausgleichsforderung und zum anderen als Pflichtteilsanspruch in Höhe der angepaßten Pflichtteilsquote. Denn eine Wahlschuld liegt dann vor, wenn aufgrund eines Anspruches mehrere verschiedene Leistungen, die von den Beteiligten als verschiedenartig gewertet werden, geschuldet werden, aber nur eine erbracht werden muß²⁾. Der zugrundeliegende Anspruch ist demnach alternativ ausgestaltet.

Insoweit ist eine strukturelle Verwandtschaft zwischen der Wahlschuld und dem eingeschränkten Wahlrecht nicht zu übersehen, denn der Anspruch nach der güterrechtlichen Lösung und derjenige in Höhe der angepaßten Pflichtteilsquote schließen sich gegenseitig aus. Es versteht sich von selbst, daß der Zugewinnngemeinschaftsehegatte nicht gleichzeitig den angepaßten Pflichtteilsanspruch und den Zugewinnausgleich wählen kann.

Darüberhinaus begegnet das Verständnis, das eingeschränkte Wahlrecht als Wahlschuld anzusehen, doch Bedenken. Denn der Anspruch in Höhe des angepaßten Pflichtteils kann nämlich nicht als ein wertmäßig modifizierter kleiner Pflichtteils-

1) Ziegler, AcP 171, 205.

2) Vgl. Larenz, SchR AT S. 145.

anspruch angesehen werden, also als derselbe Anspruch mit lediglich alternativ ausgebildetem Inhalt. Es handelt sich vielmehr um einen eigenständigen neuen Anspruch, der nur seine wertmäßige Höhe darin findet, daß ein anderer Güterstand auf die Zugewinnngemeinschaft ausstrahlt und zu Wertungswidersprüchen führt¹⁾. Damit ist auch gleichzeitig festgestellt, daß der Zugewinnngemeinschaftsehegatte bei seiner Wahl nicht das Recht erhalten soll, einen Anspruch aus einem anderen Güterstand geltend zu machen. Es handelt sich hier lediglich um einen Anspruch, der wertmäßig diesem in einem anderen Güterstand wurzelnden Anspruch entspricht.

Das Vorliegen verschiedener Ansprüche wird auch dadurch bestätigt, daß es sich bei dem kleinen Pflichtteilsanspruch und dem Zugewinnngleichanspruch um die Kumulation zweier von den Motiven her verschiedener, im übrigen aber um schuldrechtliche Ansprüche handelt. Diesen Ansprüchen steht der wiederum gesetzlich anders motivierte Anspruch in Höhe des angepaßten Pflichtteils gegenüber.

Beide Ansprüche unterscheiden sich. Denn während der angepaßte Pflichtteilsanspruch ein pauschalisierter Ausgleichsanspruch lediglich vergleichbar dem großen Pflichtteilsanspruch ist, verlangt der kleine Pflichtteilsanspruch mit dem eventuellen Zugewinnngleich als spezifizierte Forderung unter Umständen umfangreiche Berechnungen. Gleich sind diese beiden Ansprüche nur insoweit, als sie als schuldrechtliche Ansprüche im Pflichtteilsrecht wurzeln. Diese Ansprüche sind daher nur bedingt vergleichbar.

1) Vgl. oben S. 50 ff.

Dieses Ergebnis wird auch gestützt durch die typischen gesetzlichen oder vertraglichen Fälle der Gläubigerwahlschuld. Als gesetzlich normierter Fall kann das Wahlvermächtnis nach § 2154 aufgeführt werden. Hier handelt es sich auch nur um einen Anspruch, dessen inhaltliche Gestaltung vom Willen eines Beteiligten abhängig und damit alternativ ausgestaltet ist.

Als Ergebnis läßt sich somit festhalten, daß das hier interessierende Wahlrecht wegen der Verschiedenheit seiner in Frage stehenden Ansprüche gerade nicht als typische Wahlschuld zu verstehen ist.

Das eingeschränkte Wahlrecht des Zugewinnngemeinschaftsehegatten könnte sich daher als elektive Konkurrenz¹⁾ darstellen. Bei diesem Rechtsinstitut würden dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten zwei selbständige Ansprüche, nämlich die Ansprüche nach der güterrechtlichen Lösung oder der angepaßte Pflichtteilsanspruch, zur Wahl stehen²⁾.

Bei den dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten zustehenden Rechten handelt es sich nicht um alternativ ausgestaltete Leistungen innerhalb desselben Anspruchs, sondern um verschiedene Ansprüche.

Verstünde man insoweit das eingeschränkte Wahlrecht als elektive Konkurrenz, so würde sich diese Auslegung in das System der anerkannten alternativen Gläubigerberechtigungen - § 462 dient als Beispiel - einfügen. Denn auch bei

1) Dieser Begriff wird nicht einheitlich verwendet; man spricht auch von alternativer Gläubigerberechtigung. Vgl. Erler, Diss. S. 60 Fn. 1.

2) Hierzu RGRK-Alff, § 262 Rz. 4.

§ 462 stehen dem einen Vertragspartner mehrere alternative Ansprüche zur Wahl.

Diese Auslegung begegnet aber insoweit Bedenken, als die wesentliche Frage nicht befriedigend gelöst werden kann, welche Konsequenzen eintreten, wenn der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte die Wahl nicht ausübt. Die für die Rechte der Nachlaßbeteiligten entscheidende Frage, ob sich der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte für die Ansprüche nach der güterrechtlichen Lösung entscheidet oder für die in Höhe der angepaßten Pflichtteilsquote, darf nicht offen bleiben.

Diese problematische Frage kann hingegen zwanglos von der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers oder der facultas alternativa beantwortet werden¹⁾²⁾.

Das eingeschränkte Wahlrecht würde sich dann folgendermaßen darstellen. Der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte hat zunächst die Ansprüche nach der güterrechtlichen Lösung. Statt dessen kann er aber auch den Anspruch in Höhe der angepaßten Pflichtteilsquote wählen. Da die hier zur Auswahl stehenden Leistungsinhalte nicht alternativ nebeneinander stehen, sondern alternativ nacheinander, ist auch gleichzeitig die Frage beantwortet, welches die normalerweise zu erbringende Leistung und welches die Ersatzleistung ist. Der Regelfall ist nämlich der Anspruch auf die güterrechtliche Lösung, da dieser gesetzlich geregelt ist.

1) Geleugnet wird die Existenz dieses Rechtsinstituts von Ziegler, AcP 171, 204: er spricht von einem Produkt pandektistischer Begriffsjurisprudenz.

2) Zur Gegenüberstellung von Wahlschuld und Ersetzungsbefugnis: Erler, Diss. S. 57; Ziegler, AcP 171, 205.

Die Ersatzleistung hingegen ist der Anspruch in Höhe der angepaßten Pflichtteilsquote. Diese wird aber nur dann zum Leistungsinhalt, wenn sich der Zugewinngemeinschaftsehegatte entsprechend erklärt.

Damit ist auch die oben aufgeworfene Frage nach den Folgen beantwortet, die eintreten, wenn der Zugewinngemeinschaftsehegatte die Wahl nicht ausübt. In konsequenter Fortführung der Grundsätze der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers stehen dem Zugewinngemeinschaftsehegatten dann die Ansprüche nach der güterrechtlichen Lösung zu. Auf dieser Grundlage berechnen sich auch die Ansprüche der übrigen Nachlaßbeteiligten.

Dieses Ergebnis rechtfertigt sich auch aus den Gründen der Einführung und den Zielen des eingeschränkten Wahlrechts¹⁾. Der Zugewinngemeinschaftsehegatte hat die Möglichkeit, die ihm geschuldete Leistung innerhalb eines langfristigen Erfüllungszeitraumes einer konkret nicht vorhersehbaren Interessenlage anzupassen. Der Zugewinngemeinschaftsehegatte kann also durch genaue Berechnung abschätzen, ob ihm die güterrechtliche Lösung oder die Ansprüche in Höhe der angepaßten Pflichtteilsquote eine höhere Nachlaßbeteiligung bieten. Zu dieser Entscheidung wird er nicht sofort mit Kenntnis des Erbfalles in der Lage sein, sondern erst nach einer angemessenen Überlegungszeit.

Dennoch sprechen gegen die Auffassung, das eingeschränkte Wahlrecht als Ersetzungsbefugnis des Gläubigers zu verstehen, gewichtige Argumente. Größtenteils decken sie sich mit denselben Argumenten, die schon gegen die Wahlschuld gesprochen haben. Das resultiert daraus, daß die Unterschiede zwischen der Wahlschuld und der Ersetzungsbefugnis

1) Vgl. oben S. 50 ff. und S. 66 ff.

des Gläubigers sehr gering sind, da die letztere lediglich eine modifizierte Form der Gläubigerwahlschuld ist. Während die Wahlschuld zwei alternativ gleichberechtigte Leistungen mittels eines Anspruchs erfaßt, ist es bei der Ersetzungsbefugnis so, daß nur eine Leistung vorliegt, an deren Stelle durch eine entsprechende Erklärung eine andere, zunächst nicht geschuldete Leistung tritt¹⁾.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß das eingeschränkte Wahlrecht unter keines der oben dargestellten Rechtsinstitute vollständig subsumiert werden kann. Nur einige Teilaspekte treffen jeweils für das eingeschränkte Wahlrecht zu. Gleichzeitig ist aber auch nicht zu leugnen, daß eine strukturelle Verwandtschaft zwischen den vorgestellten Rechtsinstituten und dem eingeschränkten Wahlrecht besteht.

Mit der alternativen Gläubigerberechtigung kann nämlich erklärt werden, daß die dem Zugewinnsgemeinschaftsehegatten zustehenden Rechte verschiedene Ansprüche darstellen und nicht lediglich als ein Anspruch mit alternativ ausgebildetem Inhalt zu verstehen sind. Im Gegensatz dazu vermag die Ersetzungsbefugnis des Gläubigers zu erklären, welche Konsequenzen die Nichtausübung der Wahl hat, da bei dieser zunächst ein Leistungsinhalt feststeht und erst durch eine entsprechende Erklärung seitens des Zugewinnsgemeinschaftsehegatten modifiziert werden kann. Die Rechtslage bleibt also in keinem Fall offen.

Das Wahlrecht stellt sich somit als eine Kombination verschiedener Teilaspekte mehrerer Gestaltungsrechte dar.

1) Vgl. dazu Ziegler, AcP 171, 205.

Bestätigt wird dieses Ergebnis auch durch das anerkannte Wahlrecht¹⁾, denn auch bei diesem kann der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte mit der gesetzlichen Erbfolge oder der testamentarischen Verfügung zufrieden sein. Die Ansprüche sämtlicher Nachlaßbeteiligten stehen dann fest. Erst nach der Ausschlagung kann der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte die Ansprüche nach der güterrechtlichen Lösung - quasi als Ersatzanspruch - geltend machen. Sollte sich der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte nicht entscheiden wollen, verbleibt es bei der ursprünglichen Regelung.

bb) Rechtswirkungen der Ausübung der Wahl

Im Anschluß an diese Feststellungen stellt sich sofort die Frage, ob mit der Ausübung der Wahl der nicht gewählte Anspruch und daraus folgend das Wahlrecht erlischt und damit eine Rechtsgestaltung eintritt. Möglich wäre aber auch, daß der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte nach erfolgter Wahl noch zu der anderen Alternative übergehen kann, er also zunächst durch eine Wahl nicht gebunden wird und damit durch seine Wahl keine rechtsgestaltende Wirkung erzeugt.

Da das Wahlrecht ein der Alternativobligation verwandtes Rechtsinstitut ist, bietet sich die Anwendung der für die Wahlschuld geltenden Vorschrift des § 263 II an.

Eine direkte Anwendung dieser Fiktion scheitert an den verschiedenen Voraussetzungen und Tatbestandsmerkmalen der beiden Rechtsinstitute. Es kommt aber eine analoge Anwendung in Betracht. Das ist berechtigt, da das eingeschränkte Wahlrecht auch Elemente der Wahlschuld enthält.

1) Vgl. oben S. 53 f.

In diesem Fall bewirkt die Wahl zwischen den beiden alternativen Ansprüchen nicht nur eine Konzentration auf einen bestimmten Leistungsinhalt, sondern die Wahl wirkt auch auf den Zeitpunkt der Entstehung des Anspruches, also auf den Erbfall zurück. Diese Rückwirkung gestaltet die Rechtslage so, als ob der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte vom Erbfall an auf den gewählten Anspruch beschränkt gewesen wäre¹⁾. Die Anspruchsschuldner werden von dem nicht gewählten Anspruch befreit, gleich als ob sie ihn niemals schuldig gewesen wären. Die getroffene Wahl stellt sich somit als endgültig dar. Es besteht also nicht nur eine bloße faktische Wahlmöglichkeit, sondern eine echte bindende Gestaltung²⁾. Keine Bedenken bestehen insoweit, als § 263 II weder auf die Ersetzungsbefugnis, noch auf die elektive Konkurrenz anwendbar sein soll³⁾, da das eingeschränkte Wahlrecht weder unter das eine noch unter das andere Rechtsinstitut vollständig subsumiert werden kann.

Darüberhinaus ist es im Interesse sämtlicher Nachlaßbeteiligter an der endgültigen Klärung der Rechtslage erforderlich, daß die Ausübung bzw. die Nichtausübung der Wahl rechtsgestaltend ist und nicht erst eine Konzentration durch die Bewirkung der Leistung eintritt, wie es bei der reinen Wahlschuld der Fall ist.

cc) Erklärungsform des eingeschränkten Wahlrechts

Kann das Wahlrecht des Zugewinnsgemeinschaftsehegatten als rechtsgestaltend klassifiziert werden, so ist da-

1) So für die Wahlschuld: Staudinger-Selb, § 263 Rz. 8.

2) In diesem Sinne für die Wahlschuld: Ziegler, AcP 171, 200; Staudinger-Selb, § 262 Rz. 6.

3) So MüKo-Keller, § 263 Rz. 7, 9.

neben aber besonders bedauerlich, daß jegliche Vorschriften darüber fehlen, in welcher Form (mündlich, schriftlich, zu Protokoll oder notariell) die Wahl vorgenommen und wem gegenüber sie erklärt werden muß (dem oder den Nachlaßbeteiligten, dem Nachlaßgericht oder allen gegenüber)¹⁾²⁾.

Zur Beantwortung dieser aufgeworfenen Fragen bietet sich ein Vergleich mit anderen gesetzlich geregelten Gestaltungsrechten an und damit eventuell ein Rückgriff auf deren Regelungen.

Grundsätzlich erfolgt die Ausübung der im Rechtsleben häufiger vorkommenden Gestaltungsrechte durch eine formlose Erklärung gegenüber dem Gestaltungsgegner³⁾. Daraus könnte geschlossen werden, daß auch der Zugewinnungsgemeinschafts-ehegatte die Wahl formlos gegenüber den übrigen Nachlaßbeteiligten erklären kann. Von diesen Grundsätzen können hier aber nicht ohne weiteres Rückschlüsse für die Form des Wahlrechts gezogen werden.

Diese Einschränkung beruht darauf, daß die allgemeinen Gestaltungsrechte mit den erbrechtlichen nicht ohne weiteres vergleichbar sind. Beim Erbrecht, und hier besonders bei den verschiedenen Formen der Ausschlagung sind nämlich die Interessen der übrigen Nachlaßbeteiligten, oft eines größeren Personenkreises, besonders berührt. Daher soll auch nur ein Vergleich mit erbrechtlichen Gestaltungsrechten stattfinden.

1) Kritisch in dieser Weise auch Schwab bei der Wahltheorie, JuS 1965, 436: "...schon durch mündliche Erklärung gegenüber den Erben?".

2) Für andere Gestaltungsrechte gibt es entsprechende Vorschriften; vgl. §§ 119, 143, 2081 I, 1945.

3) Vgl. hierzu §§ 119, 143; 462, 465; 263 I.

Das Erbrecht kennt in Ausnahmefällen formfreie (§§ 2078 ff.), in aller Regel aber formbedürftige Gestaltungsrechte. Zu den formbedürftigen gehören unter anderen die Ausschlagung der Erbschaft (§§ 1944, 1945), die Anfechtung der Annahme oder der Ausschlagung (§§ 1955, 1945), der Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen (§§ 2271, 2296), der Rücktritt von einem Erbvertrag (§ 2296 II) oder die Anfechtung eines Erbvertrages (§ 2282 III).

Verlangt wird in diesen Fällen entweder eine notarielle Beurkundung, eine öffentliche Beglaubigung nach § 129 oder eine Erklärung zur Niederschrift des Nachlaßgerichts¹⁾. Der Formzwang beruht darauf, daß diese Gestaltungsrechte zunächst einmal im privatautonomen Belieben des Gestaltungsberechtigten stehen; gleichzeitig aber - und das ist der eigentliche Grund für den Formzwang - beeinflussen sie durch die Gestaltung die Rechtsstellung der anderen Nachlaßbeteiligten. Das ist besonders relevant bei der Ausschlagung einer testamentarischen Verfügung oder der gesetzlichen Erbfolge durch den Zugewinnungsgemeinschaftsehegatten, weil dadurch die Erb- und Pflichtteilsquoten sämtlicher Nachlaßbeteiligter geändert werden²⁾.

Es besteht also ein erhebliches Interesse eines größeren Personenkreises an Rechtsklarheit³⁾. Außerdem hat der Formzwang aber auch eine Warnfunktion.

Durch die Wahl wird in die Rechtssphäre anderer am Nachlaß Beteiligter eingegriffen. Es ist für die Nachlaßbeteiligten ein erheblicher Unterschied, ob der Pflichtteil des Zugewinnungsgemeinschaftsehegatten beim Vorhandensein

1) Hierzu §§ 128, 129; §§ 40, 63 Beurkundungsgesetz.

2) Vgl. dazu oben S. 93 ff.

3) So MÜKo-Leipold, § 1945 Rz. 1.

eines oder zweier Kinder $\frac{1}{8}$ oder bei Anerkennung des Wahlrechts doch $\frac{1}{4}$ oder $\frac{1}{6}$ beträgt¹⁾. Daneben erleichtert der Formzwang die Feststellung, ob die Erklärung vom richtigen Urheber stammt, ob wirklich eine Gestaltung gewollt war und zu welchem Zeitpunkt die Erklärung abgegeben wurde²⁾. Entscheidend für den normierten Formzwang ist die Rechtsklarheit und die Bedeutung für Dritte. Für das Wahlrecht des Zugewinnungsgemeinschaftsehegatten könnte somit auch eine formbedürftige Erklärung erforderlich sein.

Die notarielle Beurkundung, die bei den Gestaltungsrechten im Rahmen der gemeinschaftlichen Testamente und des Erbvertrages erforderlich ist, kann hier nicht einschlägig sein, da diese Normen Spezialfälle betreffen. Es wird nur deshalb die notarielle Form vorgeschrieben, weil der zugrundeliegende Erbvertrag, der aufgehoben werden soll, schon notariell errichtet werden mußte. Die vorgeschriebene notarielle Form dient damit auch besonders der Sicherheit des Vertragspartners.

Aber gegen die Erforderlichkeit, daß die Wahlentscheidung wie die Ausschlagung oder die Anfechtung der Annahme oder der Ausschlagung zur Niederschrift des Nachlaßgerichts oder in öffentlicher Beglaubigung zu erfolgen hat, sprechen folgende Gesichtspunkte.

Eine Ausschlagung oder Anfechtung ist für das eingeschränkte Wahlrecht gerade nicht erforderlich. Die angepaßten Pflichtteilsquoten kommen nicht durch eine Ausschlagung der güterrechtlichen Lösung zustande, sondern dadurch

1) Vgl. dazu oben S. 74 ff. und 93 ff.; Tabelle I - III.

2) MüKo-Leipold, § 1945 Rz. 1.

daß sich der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte statt für die güterrechtliche Lösung für die angepassten Pflichtteilsquoten entscheidet. Das eingeschränkte Wahlrecht ist von den Voraussetzungen her gesehen gerade nicht mit dem anerkannten Wahlrecht identisch, das dem Zugewinnsgemeinschaftsehegatten zusteht, der nach der erbrechtlichen Lösung erben soll, sich aber für die güterrechtliche Lösung entscheidet.

Die oben erwähnten Formvorschriften sind also Spezialfälle, deren Formvorschriften hier nicht unmittelbar anwendbar sind.

Dennoch kann eine strukturelle Verwandtschaft zwischen dem bekannten Wahlrecht und dem eingeschränkten Wahlrecht nicht geleugnet werden. Bei dem ersteren stehen die Erb- und Pflichtteilsquoten sämtlicher Nachlaßbeteiligter zunächst fest. Dieser Rechtszustand kann sich aber durch die Ausschlagung ändern. Die Ausschlagung des Zugewinnsgemeinschaftsehegatten bewirkt nämlich, daß sich bei gleichzeitig verminderten Erb- und Pflichtteilsquotengrößen seine materielle Beteiligung am Nachlaß erhöht. Gleichzeitig vermindert sich zwangsläufig auf der anderen Seite die materielle Beteiligung der übrigen Nachlaßbeteiligten, obwohl sich deren Erb- und Pflichtteilsquoten erhöhen. Der Grund für dieses Wechselspiel der Quoten ist die pflichtteilsrechtliche Grundregel des § 2303 I 2. Satz und die Tatsache, daß sich sämtliche Quoten nach den Quotenwerten des Zugewinnsgemeinschaftsehegatten ausrichten¹⁾.

Die Rechtsfolgen sind beim eingeschränkten Wahlrecht nicht anders. Die geänderten Erb- und Pflichtteilsquoten sind

1) Vgl. hierzu oben S. 74 ff.

zwar nicht die Folge einer Ausschlagung, werden aber doch durch eine rechtsgestaltende Erklärung erreicht. Begehrt der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte die Anpassung seiner Erb- und Pflichtteilsquoten an die entsprechenden Quoten-
größen des Gütertrennungsehegatten im Parallellfall, so ist damit eine Erhöhung seiner materiellen Beteiligung verbunden. Gleichzeitig folgt der Erhöhung der Quoten und der materiellen Beteiligung auf Seiten des Zugewinnsgemeinschaftsehegatten eine Verminderung der Quoten und der materiellen Beteiligung bei den übrigen Nachlaßbeteiligten.

Sprechen demnach bei der Ausschlagung die Argumente der größeren Rechtssicherheit und des erheblichen Interesses eines größeren Personenkreises an Rechtsklarheit für eine Niederschrift vor dem Nachlaßgericht oder für die öffentlich beglaubigte Form, kann dies beim eingeschränkten Wahlrecht nicht anders sein. Die bei der Ausschlagung geltenden Formvorschriften finden daher bei dem eingeschränkten Wahlrecht entsprechende Anwendung.

Diesem Ergebnis kann nicht entgegen gehalten werden, daß die Anfechtung nach den §§ 2078 ff. auch eine formlose Anfechtungserklärung zuläßt. Das Interesse an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit ist zwar bei der Anfechtung nicht minder groß als im Falle der Ausschlagung¹⁾, doch betrifft die Anfechtung einen Sonderfall, nämlich die erbrechtliche Variante der Anfechtung nach den §§ 119 ff., die ebenfalls formlos möglich ist.

dd) Erklärungsgegner beim eingeschränkten Wahlrecht

Denkbar wäre zunächst, die Wahlentscheidung den Erben oder den Nachlaßbeteiligten gegenüber zu erklären. Dafür

1) Hierzu BGH FamRZ 1977, 786; RGZ 134, 350, 352.

spricht, daß Gestaltungserklärungen auch gegenüber dem Gestaltungsgegner erklärt werden. Eine Bestätigung dieser Überlegung findet sich auch im Erbrecht selbst in den §§ 2282, 2296. Nach diesen Vorschriften erfolgt die Gestaltung gegenüber dem Vertragspartner. Daß im letzten Fall der Vertragspartner der Gestaltungsgegner ist, rechtfertigt sich aus den Besonderheiten des Erbvertragsrechts. Dem Vertragspartner selbst gegenüber soll erklärt werden, daß man sich vom Erbvertrag lösen will.

Dieses spezielle Anliegen macht den Gedanken der §§ 2282, 2296 für den hier interessierenden Fall aber unanwendbar. Denn der Zugewinnngemeinschaftsehegatte ist weder Vertragspartner noch steht er in einer vertragsähnlichen Situation.

Vielmehr ist von den übrigen Gestaltungserklärungen auszugehen, die eine Gestaltungserklärung gegenüber dem Nachlaßgericht normieren. Da durch die Wahl die Rechtsstellung der übrigen Nachlaßbeteiligten beeinflußt wird, besteht ein erhebliches Interesse eines großen Personenkreises an Rechtsklarheit, die durch die Erklärung vor dem Nachlaßgericht geschaffen wird¹⁾. Außerdem wird dem wählenden Zugewinnngemeinschaftsehegatten das Risiko genommen, daß die Erklärung der Wahl etwa wegen Geschäftsunfähigkeit des Adressaten unwirksam ist.

Diese Lösung wird durch § 2180 bestätigt, der bei der Ausschlagung eines Vermächtnisses den Beschwerten als Erklärungsgegner sieht. Bei dieser Vorschrift besteht nämlich gerade kein besonderes Interesse eines größeren Personenkreises an Rechtsklarheit, da die Erb- und Pflichtteilsquoten durch die Ausschlagung nicht berührt werden.

1) Vgl. in diesem Sinne MüKo-Leipold, § 1945 Rz. 1.

Durch die Erklärung vor dem Nachlaßgericht wird darüber hinaus die Feststellung erleichtert, ob die Erklärung vom richtigen Urheber stammt, ob wirklich die vorgenommene Wahl dem Willen entspricht, und wann die Erklärung abgegeben wurde.

Bei der Ausübung des eingeschränkten Wahlrechts handelt es sich daher um eine amtsempfangsbedürftige, formgebundene Erklärung des Zugewinngemeinschaftsehegatten.

ee) Fristbestimmung beim eingeschränkten Wahlrecht

Die Anerkennung des eingeschränkten Wahlrechts könnte eine kaum tragbare Rechtsunsicherheit zur Folge haben, da die Höhe der Pflichtteilsansprüche des Zugewinngemeinschaftsehegatten und der übrigen Pflichtteilsberechtigten drei Jahre lang und länger unbestimmt bleiben könnte¹⁾. Diese Rechtsunsicherheit beruht auf dem Fehlen einer zeitlichen Begrenzung für die Ausübung des Wahlrechts. Daher ist es möglich, daß sich der Zugewinngemeinschaftsehegatte bei seiner Entscheidung zwischen den Ansprüchen nach der güterrechtlichen Lösung und denen in Höhe der angepaßten Pflichtteilsquoten viele Jahre lang Zeit lassen kann.

Eine Befristung tritt nur mittelbar dadurch ein, daß sämtliche Pflichtteilsansprüche, also auch die angepaßten und der Zugewinnausgleichsanspruch nach drei Jahren verjähren (§§ 1378 IV, 2332 I). Da die Verjährung ohne Rücksicht auf die Ausübung der Wahl mit dem Erbfall zu laufen be-

1) Dieses Problem tauchte auch schon bei der Wahltheorie auf; vgl. oben S. 53 ff. speziell S. 64 f. und Lange-Kuchinke, ErbR S. 598; Hampel, FamRZ 1958, 166; Bohnen, Diss. S. 64.

ginnt, ist das eingeschränkte Wahlrecht nach dem Eintritt der Verjährung praktisch gegenstandslos¹⁾.

Macht der Erbe als Pflichtteilsschuldner aber nicht die Einrede der Verjährung geltend, so besteht das Wahlrecht des Zugewinnngemeinschaftsehegatten sogar über die Dreijahresfrist hinaus, da die Einrede der Verjährung nur ein Leistungsverweigerungsrecht ist²⁾. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, daß die Verjährungshemmung des § 204 die Verjährung noch erheblich verlängern kann³⁾.

Dieses Argument der Rechtsunsicherheit kann nicht durch den Hinweis entkräftet werden, daß bei einer Ablehnung des eingeschränkten Wahlrechts die Rechtslage entsprechend lange unklar bleiben kann. Zwar gelten auch bei der Ablehnung des eingeschränkten Wahlrechts die Verjährungsvorschriften, doch sind von Anfang an die quotenmäßigen Anteile aller Nachlaßbeteiligten feststehend. Macht der Erbe nach dem Eintritt der Verjährung gegenüber dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten die Einrede der Verjährung geltend, berührt das die übrigen Nachlaßbeteiligten nicht mehr.

Selbst bei dem anerkannten Wahlrecht⁴⁾ tritt eine Rechtsunsicherheit, die der bei Anerkennung des eingeschränkten Wahlrechts vergleichbar ist, nicht auf. Zunächst stehen die Quoten sämtlicher Nachlaßbeteiligter fest. Daran kann

1) Vgl. zu ähnlich gelagerten Problemen bei der Wahltheorie Schwab, JuS 1965, 436; Staudinger-Ferid, 10./11. Aufl. § 2303 Rz. 43 ff.

2) BGHZ 42, 190; Bohnen, Diss. S. 64 f.

3) Hierzu Hampel, FamRZ 1958, 166.

4) Vgl. oben S. 53 f.

sich nur noch etwas ändern, wenn der Zugewinnngemeinschaftsehegatte als testamentarischer oder gesetzlicher Erbe ausgeschlägt. Die Ausschlagung muß aber nach § 1944 I binnen der Sechs-Wochen-Frist erklärt werden¹⁾.

Im Interesse der Nachlaßbeteiligten ist es daher denkbar, die Ausübung des eingeschränkten Wahlrechts auf eine angemessene Frist abzukürzen. Hier bietet sich an, die Möglichkeit einer Fristsetzung, die in § 2307 II vorgesehen ist, auf die Ausübung des eingeschränkten Wahlrechts zu übertragen²⁾. Der Vorteil dieser Möglichkeit ist, daß dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten eine angemessene Überlegungszeit zur Verfügung steht, die von den Nachlaßbeteiligten bestimmt werden kann. Gleichzeitig erhalten diese dadurch die für die Geltendmachung der eigenen Rechte dringend erforderliche Möglichkeit, die Ausübung der Wahl durch Fristsetzung zu erzwingen³⁾. Zu diesem Personenkreis gehören alle Erb- und Pflichtteilsberechtigten, die in Bezug auf den Nachlaß durch die Ausübung der Wahl betroffen werden⁴⁾.

1) Zu dieser Problematik der kurzen Ausschlagungsfrist: BGHZ 42, 190; Bohnen, Diss. S. 65; Lange, NJW 1957, 1383.

2) Vgl. zum ähnlich gelagerten Problemkreis bei der Wahltheorie: Lange, NJW 1965, 371; Lange-Kuchinke, ErbR S. 598; vgl. auch Hampel, FamRZ 1958, 166, der kritisiert, daß es keine Norm gebe, die den Erben berechtige, den Zugewinnngemeinschaftsehegatten zu einer Wahl zu zwingen. Vgl. dazu auch Staudinger-Ferid, 10./11. Aufl § 2303 Rz. 43, der ausführt, daß die etwa in § 2307 II vorgesehene Fristsetzung ein sehr naheliegendes Vorbild gewesen wäre.

3) Hierzu Schwab, JuS 1965, 436, der auch noch auf die Vorschriften der §§ 264 II, 355, 466 verweist.

4) Nicht dazu gehört ein Erbe, dessen Nachlaßbeteiligung sich durch die Ausübung der Wahl nicht ändert. Beispiel: F und Kinder A und B sind enterbt, X ist testamentarischer Alleinerbe. Unabhängig von der Wahl beträgt die Summe der Pflichtteilsquoten stets 1/2.

Es fragt sich, ob vom Normzweck ausgehend, die Vorschrift des § 23o7 II auf die vorliegenden Fälle überhaupt analog anwendbar ist. Bei der Anwendung des § 23o7 II auf das eingeschränkte Wahlrecht würde es sich um die Ausfüllung einer Gesetzeslücke handeln. Eine solche Lückenausfüllung ist in der Weise möglich, daß man die Interessenabwägung, die in einer gesetzlichen Regelung vorgenommen wird, auf ähnliche, vom Gesetz nicht erfaßte Interessenlagen überträgt. Das Recht des beschwerten Erben in § 23o7 II, dem mit einem Vermächtnis bedachten Pflichtteilsberechtigten eine Frist für die Wahl zu setzen, ist eine notwendige Konsequenz des zeitlich unbegrenzten Ausschlagungsrechtes des Vermächtnisses. Die Vorschrift des § 23o7 II dient dazu, dem beschwerten Erben darüber Klarheit zu verschaffen, welchen Anspruch er zu erfüllen hat¹⁾.

§ 23o7 II hat also eine Klarstellungsfunktion. Dieser Normzweck läßt sich bedingt aber auch auf das eingeschränkte Wahlrecht übertragen, da hier eine Fristenregelung nicht gegeben ist. Wenn der Zugewinnsgemeinschaftsehegatte die ihm gesetzte Frist verstreichen läßt, ist das gleichbedeutend mit einer Entscheidung zugunsten der güterrechtlichen Lösung²⁾. Die

1) Erman-Schlüter, § 23o7 Rz. 3; Soergel-Dieckmann, § 23o7 Rz. 5.

2) Ähnlich, wenn auch zweifelnd, ob sich im Rahmen der Wahltheorie dafür eine einheitliche Meinung bilden wird: Bohnen, Diss. S. 66.

Bedeutung des Wortes "gilt" in § 2307 II 2. Satz fingiert also die Ausübung des Wahlrechts. Die Fiktion, daß gerade die güterrechtliche Lösung als gewählt gilt, beruht darauf, daß diese als gesetzliche Normierung den Regelfall bildet¹⁾.

Da der Nachlaßbeteiligte oder die Nachlaßbeteiligten durch die Ausübung der Wahl in ihren Rechten betroffen werden, ist es zwingend, diesem Personenkreis auch das Recht zur Fristsetzung zuzubilligen.

Keine Probleme treten auf, wenn die Nachlaßbeteiligten übereinstimmend dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten eine Frist setzen oder einen aus ihrer Mitte mit ihrer Vertretung beauftragen. Es wird auf diese Weise ein gemeinschaftlicher Wille gebildet, der dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten gegenüber wirksam ist.

Problematisch ist aber, wer von mehreren Nachlaßbeteiligten die Frist bestimmen kann, wenn die Nachlaßbeteiligten sich insoweit nicht einigen können; fraglich ist weiterhin, ob eine Fristbestimmung eines einzelnen bei Widerspruch der anderen Nachlaßbeteiligten überhaupt wirksam ist.

Die Beantwortung dieser Fragen hängt davon ab, welche Rechtsgemeinschaft die Nachlaßbeteiligten bilden. Zur Lösung bietet sich eine entsprechende Anwendung des § 2038 an. Die Nachlaßbeteiligten sind zwar nicht in jedem Fall gleichzeitig Erben und bilden daher auch

1) In diesen Problemkreis gehört die Frage, ob § 1371 güterrechtlich oder erbrechtlich motiviert ist. Vgl. insoweit S.57 ff.mit zahlreichen Literaturhinweisen.

nicht zwingend eine Erbengemeinschaft. Doch sie sind in jedem Fall am Nachlaß beteiligt, sei es als Erben, sei es als Pflichtteilsberechtigte. Eine Vergleichbarkeit zwischen Erben und Nachlaßbeteiligten ist daher möglich. Die Nachlaßbeteiligten haben ein ähnlich großes Interesse an der Verwaltung des Nachlasses wie die Erben. Die Fristsetzung ist auch im weitesten Sinne als eine Nachlaßverwaltungsmaßnahme zu verstehen; denn die Fristsetzung ist eine vorbereitende Maßnahme zur Klärung der Rechtslage und zur Verteilung des Nachlasses. Die Beantwortung der oben aufgeworfenen Fragen kann daher nur unter entsprechender Anwendung der Grundsätze erfolgen, die auch für die Erbengemeinschaft gelten.

Danach kann die Fristsetzung, auch wenn es hier nur um eine entsprechende Anwendung geht, grundsätzlich nicht durch einen Nachlaßbeteiligten erfolgen. Dies wäre nur dann möglich, wenn die Fristbestimmung eine notwendige Nachlaßerhaltungsmaßnahme wäre und die Zustimmung der übrigen Nachlaßbeteiligten daher nicht eingeholt werden müßte, was kaum vorstellbar ist. Die Fristbestimmung eines einzelnen Nachlaßbeteiligten, sei es, daß die übrigen Nachlaßbeteiligten widersprechen, sei es, daß sie von der Fristsetzung nichts wissen, ist daher grundsätzlich unwirksam.

Soweit also nicht über § 2038 II in Verbindung mit § 745 die Stimmenmehrheit entscheidet, ist Übereinstimmung aller Nachlaßbeteiligten erforderlich. Sämtliche Nachlaßbeteiligten haben bei der Fristsetzung mitzuwirken, weil diese eine Maßnahme der ordnungsgemäßen Verwaltung ist. Notfalls wird eine erforderliche Mitwirkung durch den Klageweg¹⁾ erzwungen werden müssen. Ohne rechtliche

1) Zu diesem Problemkreis bei der Erbengemeinschaft BGHZ 6, 76 ff.

Bedeutung ist es daher auch, wenn die Nachlaßbeteiligten dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten verschiedene Fristen nennen.

Mit der Entscheidung des Zugewinnngemeinschaftsehegatten für den einen oder den anderen Anspruch sind die Pflichtteilsschuldner als Anspruchsgegner gebunden. Ist die Entscheidung zugunsten der güterrechtlichen Lösung gefallen, können sie nicht mehr dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten den Weg zum angepassten Pflichtteil eröffnen. Mit der Wahl stehen sämtliche Erb- und Pflichtteilsquoten fest. Damit ist nach der Ausübung der Wahl oder nach dem Eintritt der Fiktion die Rechtslage so, als ob nie ein Wahlrecht bestanden hätte. Die geforderte Rechtssicherheit liegt vor.

Probleme können sich aber noch bei der Festsetzung der Länge der "angemessenen Frist" ergeben. Die Grundsätze, die für die direkte Anwendung des § 2307 II gelten, können hier nicht herangezogen werden. Für die Bestimmung dieser Frist ist vielmehr die Abwägung der widerstrebenden Interessen beim eingeschränkten Wahlrecht erforderlich. Es stehen sich das Argument der Rechtssicherheit und damit einer möglichst kurzen Frist und das Argument nach angemessener Überlegungszeit für eine sachgerechte Entscheidung gegenüber. Die Nachlaßbeteiligten wollen möglichst schnell Klarheit über ihre Beteiligung haben, und der Zugewinnngemeinschaftsehegatte benötigt eine angemessene Überlegungszeit, um sich darüber klar zu werden, welche Ansprüche ihm eine höhere Nachlaßbeteiligung gewähren. Die Entscheidung hat für sämtliche Nachlaßbeteiligten weitreichende Konsequenzen¹⁾.

1) Eine vergleichbare Problematik besteht bei § 326 I, da auch hier eine Entscheidung innerhalb einer angemessenen Frist erfolgen muß.

Die beim eingeschränkten Wahlrecht relevante Frist wird also von den zuständigen Nachlaßbeteiligten¹⁾ unter Berücksichtigung der widerstreitenden Interessen nach billigem Ermessen festzulegen sein. Sollte Streit zwischen dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten und den übrigen Nachlaßbeteiligten wegen der Länge der angemessenen Frist entstehen, so ist unter entsprechender Anwendung der Grundgedanken des § 315 die getroffene Fristbestimmung für den Zugewinnngemeinschaftsehegatten nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Ist dies nicht der Fall, kann die Bestimmung durch eine gerichtliche Entscheidung erfolgen.

Andere Ergebnisse können sich auch nicht im Hinblick darauf ergeben, daß im Rahmen der Wahltheorie²⁾ gegen die Anwendbarkeit des § 23o7 II vorgebracht worden ist, Fristbindungen dieser Art könnten nur dort bestehen, wo der Gesetzgeber sie ausdrücklich anordne; denn niemand könne mit einer Ausschußfrist für sein Recht rechnen, wenn sie sich nicht aus dem Gesetz ergebe³⁾. Diese Argumente gegen die Anwendbarkeit des § 23o7 II können hier aber nicht überzeugen. Die Fristbestimmung gegenüber dem Zugewinnngemeinschaftsehegatten zur Ausübung der Wahl ist nämlich in entsprechender Anwendung des § 23o7 II eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Erst von diesem Zeitpunkt an läuft die angemessene Frist für seine Entscheidung. Solange keine Fristbestimmung erfolgt ist, droht nur die Verjährung der Ansprüche.

1) Vgl. oben S. 137 f.

2) Siehe oben S. 64 f.

3) Hierzu Bohnen, Diss. S. 66; Schwab, JuS 1965, 436 für die Wahltheorie.

Das Argument, das eingeschränkte Wahlrecht sei wegen einer fehlenden zeitlichen Begrenzung und der daraus folgenden Rechtsunsicherheit abzulehnen, ist damit widerlegt. In entsprechender Anwendung der Grundsätze des § 2307 II können die Nachlaßbeteiligten dem Zugewinnngemeinschafts-ehgatten eine angemessene Frist für die Wahlausübung setzen.

ff) Bewertung

Die aufgeworfenen Fragen nach der Rechtsnatur, den Rechtswirkungen, der Erklärungsform, dem Erklärungsgegner und der Fristbestimmung beim eingeschränkten Wahlrecht sind somit in der Weise beantwortet, daß eine Rechtsunsicherheit¹⁾ bei der Anerkennung eines eingeschränkten Wahlrechts nicht mehr auftritt. Das Argument, daß die gegen die alte Wahltheorie geltend gemachten Gründe der Rechtssicherheit auch gegen das eingeschränkte Wahlrecht sprächen²⁾, ist damit widerlegt.

1) In diesem Sinne aber BGH NJW 1982, 2497; Dieckmann, FamRZ 1979, 391; John, ErbR Rdnr. 241; John, FamRZ 1983, 1093.

2) So John, ErbR Rdnr. 241; Dieckmann, FamRZ 1979, 391.

Gesetzlicher Güterstand Gütertrennung

	bei erhöhter Erbquote		bei nicht erhöhter Erbquote		gesetzliche Erbquote	Pflichtteilsquote
	gesetzliche Erbquote	Pflichtteilsquote	gesetzliche Erbquote	Pflichtteilsquote		
keine Kinder	3/4 (§ 1931 I, III.; 1371 I)	3/8 (§ 2303 I, S. 2)	1/2 (§ 1931 I)	1/4 (§ 2303 I, S. 2)	1/2 (§ 1931 I)	1/4 (§ 2303 I, S. 2)
1 Kind	1/2	1/4	1/4	1/8	1/2 (§ 1931 IV)	1/4 (§ 2303 I, S. 2)
2 Kinder	1/2	1/4	1/4	1/8	1/3 (§ 1931 IV)	1/6
3 Kinder	1/2	1/4	1/4	1/8	1/4 (§ 1931 I)	1/8
4 Kinder	1/2	1/4	1/4	1/8	1/4 (§ 1931 I)	1/8

Tabelle II

Die Erb- und Pflichtteilsquoten für ein Kind/Kinder, dessen/deren überlebender Elternteil im gesetzlichen Güterstand oder in der Gütertrennung lebt:

Gesetzlicher Güterstand

Gütertrennung

	Bei erhöhter Erbquote für den Ehegatten		Bei nicht erhöhter Erbquote für den Ehegatten		
	gesetzliche Erbquote	Pflichtteilsquote	gesetzliche Erbquote	Pflichtteilsquote	gesetzliche Erbquote
1 Kind	1/2 (§ 1931 I)	1/4 (§ 2303 I S. 2)	3/4 (§ 1931 I, 1924 IV)	3/8 (§ 2303 I, S. 2)	1/2 (§ 1931 IV, 1924 I)
2 Kinder	1/2 (§ 1931 I, 1924 IV) je 1/4	1/4 (§ 2303 I, S. 2) je 1/8	3/4 (§ 1931 I, 1924 IV) je 3/8	3/8 (§ 2303 I, S. 2) je 3/16	2/3 (§ 1931 IV, 1924 I, IV) je 1/3
3 Kinder	1/2 ; je 1/6	1/4 ; je 1/12	3/4 ; je 1/4	3/8 ; je 1/8	3/4 ; je 1/4

Tabelle III

Die Erb- und Pflichtteilsquoten des überlebenden Ehegatten, der im gesetzlichen Güterstand lebt, bei Anerkennung des eingeschränkten Wahlrechts:

	überlebender Ehegatte ist Erbe oder Vermächtnisnehmer		überlebender Ehegatte ist weder Erbe noch Vermächtnisnehmer			
	erhöhte gesetzliche Erbquote	Pflichtteilsquote	er "wählt" die güterrechtliche Lösung	Pflichtteilsquote	gesetzliche Erbquote	Pflichtteilsquote
keine Kinder	$\frac{3}{4}$ (§ 1931 I, III 1371 I)	$\frac{3}{8}$ (§ 2303 I, S. 2)	$\frac{1}{2}$ (§ 1931 I, § 1371 II, III)	$\frac{1}{4}$ (§ 2303 I, S. 2)	$\frac{1}{2}$ (§ 1931 I)	$\frac{1}{4}$ (§ 2303 I, S. 2)
1 Kind	$\frac{1}{2}$	$\frac{1}{4}$	$\frac{1}{4}$	$\frac{1}{8}$	$\frac{1}{2}$	$\frac{1}{4}$
2 Kinder	$\frac{1}{2}$	$\frac{1}{4}$	$\frac{1}{4}$	$\frac{1}{8}$	$\frac{1}{3}$	$\frac{1}{6}$
3 Kinder	$\frac{1}{2}$	$\frac{1}{4}$	$\frac{1}{4}$	$\frac{1}{8}$	$\frac{1}{4}$	$\frac{1}{8}$
4 Kinder	$\frac{1}{2}$	$\frac{1}{4}$	$\frac{1}{4}$	$\frac{1}{8}$	$\frac{1}{4}$	$\frac{1}{8}$

Lebenslauf:

Name:	Peter Görg
Geburtsdatum:	29.07.1955
Geburtsort:	Neuwied
Eltern:	Dr. med. Werner Görg und Annemarie Görg, geb. Hamm
Familienstand:	verheiratet seit 1983 mit Monika Görg, geb. Holly
Schullaufbahn:	April 1962 - März 1966 Maria-Goretti-Schule Neuwied April 1966 - Juli 1971 Staatl. Gymnasium Neuwied August 1971 - Mai 1974 (Abitur) Staatl. Gymnasium Bendorf
Bundeswehrzeit:	Oktober 1974 - Juni 1976
Berufsausbildung:	Oktober 1976 - August 1981 rechtswissenschaftliches Studium an der Johannes Gutenberg- Universität, Mainz August 1981 Erstes juristisches Staatsexamen November 1981 - März 1984 Referendariat März 1984 Zweites juristisches Staatsexamen
Berufsausübung:	seit Juni 1984 als Jurist in der freien Wirtschaft

Peter Görg

